

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: William Paiva Marques Júnior, Fabio Fernandes Neves Benfatti – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-039-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XXXI

Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo”, no âmbito do XXXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 27 a 29 de novembro de 2024, na cidade de Brasília /Distrito Federal, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), e que teve como temática central: “Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com os Direitos da Personalidade, as novas tecnologias e a consequente democratização do Direito Civil. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gilberto Fachetti Silvestre aborda os aspectos críticos da medicina defensiva e do uso de seus métodos preventivos para a aplicação do regime jurídico da responsabilidade civil do profissional da saúde por erros cometidos em diagnósticos e no exercício das demais atividades inerentes à profissão médica.

Manoella Klemz Koepsel, Feliciano Alcides Dias e Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli investigam os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo a partir da aplicação da função social dos contratos digitais no atual cenário brasileiro, levando em consideração o avanço tecnológico e os impactos causados pela era digital na sociedade informacional.

Maria Amélia da Costa reflete sobre a evolução do instituto da usucapião familiar, ou por abandono de lar, a qual, desde seu surgimento no ordenamento jurídico sempre foi alvo de críticas e também de dúvidas a respeito de sua aplicação nos casos concretos. Muitas dessas dúvidas surgiram em razão das lacunas existentes na norma, e foram, pouco a pouco, sendo supridas pela jurisprudência e pela literatura jurídica.

Tatiana Oliveira Mendes de Carvalho, Rafael Campos Soares da Fonseca, Reynaldo Mendes de Carvalho Filho investigam a aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial em momentos de calamidades públicas, como enchentes e desastres industriais, têm impactos profundos nas relações contratuais. No Brasil, eventos recentes como a enchente no Rio

Grande do Sul e o desastre da Vale em Minas Gerais evidenciam essa influência. A pesquisa explora o adimplemento substancial, que permite que devedores contestem a exigência de cumprimento total de suas obrigações quando uma parte significativa já foi cumprida. Defendem os autores que, em contextos de calamidade pública, é crucial conciliar este instituto com os conceitos de caso fortuito e força maior, conforme o Art. 393 do Código Civil Brasileiro, que exime os devedores de responsabilidades em situações imprevistas e inevitáveis.

Simone Gomes Leal e Fábio Romeu Canton Filho alertam sobre as questões relacionadas à arbitragem online, fenômeno da contemporânea sociedade da informação, consequência da expansão tecnológica. As tecnologias da informação e comunicação (TICS) têm proporcionado uma verdadeira revolução na vida das pessoas. As inovações envolvendo as tecnologias abrangem, desde o primeiro computador, assim como os bens dragáveis essenciais para o desenvolvimento econômico que ocorreu logo após as primeiras Revoluções Industriais, até a internet que, conectada a dispositivos informáticos, proporciona um novo ambiente para o convívio da sociedade. Esse novo ambiente é capaz de acelerar os procedimentos, devido à dinamicidade de acesso a diversos tipos de meios de comunicação, que agiliza a comunicação entre as pessoas, colocando-as em contato, encurtando as distâncias territoriais, e proporcionando celeridade, agilidade e segurança aos novos procedimentos da arbitragem. A Câmara do Comércio inovou com as ODR's, facilitando a vida de quem tem lides que tratem de direitos disponíveis.

Keylla Thalita Araujo , Willian Tosta Pereira de Oliveira e Laryssa Martins de Sá tratam da proteção conferida ao direito de imagem na era digital, tendo em consideração que o avanço tecnológico permite o compartilhamento e a disseminação de imagens com precisão e velocidade antes inimagináveis. Analisam os contornos do direito de imagem na sociedade da informação, a partir da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil de 2002 e pelo Marco Civil da Internet. Investigam a sistemática adotada para a responsabilização dos provedores de aplicações de internet, o entendimento conferido ao assunto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o cenário atual brasileiro sobre o tema, mormente, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Foi utilizada a metodologia da pesquisa teórica, além da análise de precedentes do STJ e STF a respeito da tutela do direito à imagem na internet e responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet. Insta destacar que o Marco Civil da Internet representou um importante avanço na regulamentação do tema, mormente, por estabelecer parâmetros para a responsabilização dos provedores de aplicações de internet, contudo reclama uma proteção mais refinada sobre o assunto. Concluem que o STJ tem decidido cada vez mais sobre o assunto e definindo novos parâmetros, além daqueles já previstos na legislação, de modo a mitigar o

constrangimento à honra e a exposição desnecessária dos indivíduos. Outrossim, a análise do Tema nº. 987, pelo STF, pode representar uma oportunidade para aprimorar o debate sobre como o ordenamento jurídico brasileiro lida com a relação usuários-provedores de aplicações de internet.

Em outro trabalho, Gilberto Fachetti Silvestre realiza um estudo que compara a aplicação da renegociação contratual como remédio para solucionar a onerosidade excessiva superveniente de um contrato, considerando as normas jurídicas contratuais previstas nos Códigos Civis romeno e brasileiro. A pesquisa analisa o que é e como se aplica a renegociação contratual, bem como sua importância para a manutenção da relação contratual a partir da iniciativa, da autonomia e do juízo de conveniência das partes. O trabalho demonstra que a revisão contratual na Romênia é protagonizada pelas próprias partes, cabendo ao Judiciário intervir somente quando a renegociação for frustrada. Claramente, esse regime jurídico preserva e enaltece o papel das partes na satisfação de seus interesses. No Brasil, por outro lado, as propostas de reforma do Código Civil iniciadas em 2023 não valorizaram a renegociação como um remédio contra a onerosidade excessiva e a favor de manter a relação contratual. Ao contrário, a revisão contratual permanece dependente da atuação Judiciário, reforçando um papel histórico de dependência de soluções judiciais. Conclui-se que o Direito Contratual romeno avança na proteção das liberdades e intenções das partes, ao passo que o Direito Contratual brasileiro, mesmo sendo reformado, mantém-se dependente do arbítrio judicial, o qual, não raramente, ignora a intenção das partes.

Cláudia Gil Mendonça e Marina Bonissato Frattari propõem uma análise sistêmica sobre lei de franchising e as obrigações das partes no cumprimento contratual, especialmente no dever de sigilo relativo ao know-how quando expresso na Circular de Oferta de Franquia (COF), bem como em relação a terceiros, como o cônjuge do franqueado. Ao final, concluem que, para que haja sigilo e não concorrência entre as partes no relativo ao objeto do know-how, a cláusula que os prevê deve ser expressa e bem delimitada, devendo haver com clareza a proibição à atividade, tempo e local. Além disso, deve prever a abrangência de cônjuges ou não, a fim de se evitar burlas, como por exemplo, a abertura de empresa similar à franquia em nome destes, a partir do know-how aprendido, ensejando, pois, em responsabilização do franqueado. Caso não haja obediência a esses requisitos, a cláusula poderá ser considerada abusiva, sendo levada ao Judiciário para ser rediscutida.

Izabella Affonso Costa e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral investigam, sob a ótica do Direito Civil, a liberdade econômica como um importante pilar para o desenvolvimento dos países no capitalismo. Com o advento da globalização, as negociações a nível internacional respaldam e fomentam a economia dos países em especial em casos como o do

Brasil, em que há grande quantidade de matéria-prima excedente, valendo-se da exportação como forma de geração de renda e base da economia nacional. No entanto, aspectos referentes às restrições legais ligadas à autonomia privada, como a aplicação de princípios contratuais contemporâneos e a legislação mais protetiva, fazem com que a liberdade econômica permaneça no alvo das discussões, motivando, com isso, o presente estudo que visa abordar alguns aspectos referentes à necessidade de compatibilização da liberdade econômica como forma de garantir a competitividade dos produtos brasileiros a nível internacional, sem perder de vistas a necessária proteção a ser dada a certos tipos contratuais específicos em que se reconheçam assimetrias.

Para Rogerio Borba , Luan Berci e Marcela Maris Nascimento de Souza, as inovações tecnológicas decorrentes da Revolução 4.0 fomentaram novas dinâmicas de interação no ambiente virtual, impulsionando a popularização das redes sociais, com destaque para aquelas sob a administração da Meta, que abrange os aplicativos Facebook, Instagram e WhatsApp. Concomitantemente, o setor dos jogos de azar adaptou-se ao cenário digital, ampliando suas possibilidades de atuação. Nesse contexto, ao final de 2023, verifica-se uma nova estratégia publicitária dessas empresas nas plataformas digitais, sendo o Jogo do Tigrinho uma das mais proeminentes. Diante desse cenário, a pesquisa visa analisar se o assédio promovido por jogos de azar contraria os termos de uso das plataformas Meta, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados, buscando identificar as implicações jurídicas contemporâneas dessa prática no contexto digital em junho de 2024.

Diogo Magro Webber e Amanda Antonelo, a partir do método descritivo-analítico, abordam a proteção da privacidade e segurança dos dados pessoais, sobretudo os dados sensíveis, é essencial para a garantia dos direitos constitucionalmente assegurados. Considerando a crescente disseminação de informações no meio digital, a criação de dispositivos de proteção torna-se imprescindível para salvaguardar os usuários contra o uso inadequado de seus dados. Na hipótese de violação dos dados pessoais, tem-se o dever do agente responsável de responder pelos danos causados. Desse modo, a presente pesquisa busca entender o tipo de responsabilidade civil a ser adotada nos casos de vazamento de dados pessoais, diante da obscuridade deixada na Lei Geral de Proteção de Dados, assim como analisar a possibilidade de ser aplicado o dano in re ipsa nos dados sensíveis.

Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli , Priscila Zeni de Sá e Janine Miranda Weiner Vicente da Silva, traçam um panorama do diagnóstico genético pré-implantação (PGD), o qual consiste em uma técnica, disponível a casais ou indivíduos, que recorrem à reprodução humana assistida, para averiguar a existência de doença genética no embrião a ser implantado e, a partir disso, selecionar os embriões. No contexto brasileiro, a utilização do diagnóstico

genético pré-implantação traz questões éticas e jurídicas, especialmente em relação à conformidade com os princípios que protegem a dignidade humana e os direitos fundamentais.

Gabriella Schmitz Kremer e Jéssica Fachin investigam a responsabilidade aplicável à pessoa ou empresa pela falha na segurança dos dados pessoais. Nesse sentido, analisam duas importantes decisões, sendo do Superior Tribunal de Justiça, no ARESP 2130619-SP, e do Supremo Tribunal Federal, na ADI 6393, a fim de verificar de que modo tem se aplicado a responsabilidade civil em casos dessa natureza.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Brasília /Distrito Federal.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil no contexto contemporâneo transpandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos da Personalidade como força motriz da democratização do Direito Privado, bem como na manutenção dos paradigmas hermenêuticos da eticidade, operabilidade e sociabilidade.

Prof. Dr. Fabio Fernandes Neves Benfatti- UEMG (Universidade do Estado de Minas Gerais)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

A MEDICINA DEFENSIVA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A HERMENÊUTICA DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

DEFENSIVE MEDICINE AND ITS CONTRIBUTIONS TO THE HERMENEUTICS OF THE PHYSICIAN'S CIVIL LIABILITY SYSTEM

Gilberto Fachetti Silvestre ¹

Resumo

Trata-se de pesquisa que analisou aspectos críticos da medicina defensiva e do uso de seus métodos preventivos para a aplicação do regime jurídico da responsabilidade civil do profissional da saúde por erros cometidos em diagnósticos e no exercício das demais atividades inerentes à profissão médica. Esta análise seguiu uma metodologia qualitativa, que confrontou opiniões da literatura jurídica brasileira e estrangeira a favor e contra o uso das técnicas defensivas pelos profissionais médicos. Com isso, pelo método dedutivo, foi possível construir uma tese propositiva e inspiradora para indicar as vantagens e desvantagens para pacientes, planos de saúde, seguradoras, estabelecimentos de saúde e, principalmente, médicos. Como resultado, a pesquisa apresenta uma nova abordagem da responsabilidade civil do médico, sob o ponto de vista da proteção desses profissionais de saúde, buscando demonstrar as justificativas pelas quais os médicos estariam corretos ao adotarem uma postura defensiva e preventiva. Como contribuição, a pesquisa demonstra que a medicina defensiva surgiu como uma necessidade não apenas para proteger o médico, mas também para reduzir a quantidade de erros profissionais praticados. Assim, é possível construir um outro olhar da responsabilidade civil médica, de modo a ser menos rigorosa e que privilegie a boa conduta do profissional.

Palavras-chave: Medicina defensiva, Responsabilidade civil do médico, Erro médico, Prevenção de danos

Abstract/Resumen/Résumé

This research analyzed critical aspects of defensive medicine and the use of its preventive methods for the application of the legal regime of civil liability of health professionals for errors committed in diagnoses and in the exercise of other activities inherent to the medical profession. This analysis followed a qualitative methodology, which confronted opinions from Brazilian and foreign legal literature for and against the use of defensive techniques by medical professionals. Thus, through the deductive method, it was possible to construct a propositional and inspiring thesis to indicate the advantages and disadvantages for patients, health plans, insurers, health establishments and, mainly, doctors. As a result, the research presents a new approach to the civil liability of physicians, from the point of view of the protection of these health professionals, seeking to demonstrate the justifications for which

¹ Professor da UFES; Bolsista Pesquisador Capixaba da FAPES; Doutor em Direito Civil pela PUC/SP; Pós-Doutor em Direito pela UFRJ e em Educação pela UFES

physicians would be correct in adopting a defensive and preventive posture. As a contribution, the research demonstrates that defensive medicine emerged as a necessity not only to protect physicians, but also to reduce the number of professional errors committed. Thus, it is possible to construct another view of medical civil liability, in a way that is less rigorous and that prioritizes the good conduct of the professional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Defensive medicine, Civil liability of the physician, Medical error, Prevention of damage

1. Introdução.

Nesta pesquisa é feita uma análise jurídica, ética e processual — principalmente pré-processual — com ênfase na defesa do médico, que enfrenta processos indenizatórios e criminais devido a falhas profissionais e, muitas vezes, encontra dificuldades em provar que o dano causado foge do esperado normalmente no tratamento e nos protocolos seguidos.

A quem interessa a medicina defensiva? Para quem ela é vantajosa? Quais são as vantagens para o paciente? Qual é o impacto financeiro para o paciente, para o Sistema Único de Saúde (SUS) e para os planos de saúde e seguradoras?

Por outro lado, quais são os benefícios legítimos que a medicina defensiva oferece tanto aos médicos quanto aos pacientes?

Aqui se apresenta uma nova abordagem, sob o ponto de vista da proteção dos profissionais de saúde, buscando compreender as justificativas pelas quais os médicos estariam corretos ao adotarem uma postura defensiva e preventiva.

Na década de 1970, nos Estados Unidos da América, a ideia de medicina defensiva surgiu devido ao aumento significativo de processos judiciais por negligência e imprudência contra profissionais de saúde e instituições hospitalares, chegando a um aumento de quase 300% (Berlin, 2017). Naquele momento, instruções eram dadas aos médicos para que adotassem medidas para se protegerem contra as acusações em processos de responsabilidade civil e criminal.

O índice de processos contra médicos nos Estados Unidos é considerado alto, sendo apontado que mais de 50% dos médicos que lá atuam já foram processados (Pacheco, 2022). Além disso, as indenizações chegam a milhões de dólares, em razão dos chamados *punitive damages*.

No Brasil, pesquisa do Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) revelou que os processos envolvendo a saúde aumentaram 198% no período de 2009 a 2017. Dentre todos os processos, aproximadamente 3% tinham como objeto o erro médico (Pacheco, 2022). Trata-se do fenômeno da judicialização da saúde.

A razão para a medicina defensiva em excesso é a falta de compreensão dos operadores do Direito quanto às peculiaridades da profissão médica, levando a uma ampliação do conceito de erro médico e dos valores das indenizações determinadas pelo Judiciário.

Nos Estados Unidos, os excessos de ações, de condenações e de *punitive damages* levaram, na década de 1970, a uma crise nacional que obrigou alguns médicos a abandonarem a profissão e forçou algumas seguradoras a sair do mercado e a aumentar os custos médicos. Nesse período, para se ter uma ideia, os prêmios médios pagos a seguradoras de indenização

aumentaram 950% para cirurgiões, 541% para médicos de outras especialidades e 263% para hospitais (Berlin, 2017) (Montanera, 2016).

Esta análise seguiu uma metodologia qualitativa, que confrontou opiniões da literatura jurídica brasileira e estrangeira a favor e contra o uso das técnicas defensivas pelos profissionais médicos. Com isso, pelo método dedutivo, foi possível construir uma tese propositiva e inspiradora para indicar as vantagens e desvantagens para pacientes, planos de saúde, seguradoras, estabelecimentos de saúde e, principalmente, médicos.

Nesse contexto, a medicina defensiva surgiu como uma necessidade, não apenas para proteger o médico, mas também para reduzir a quantidade de erros profissionais praticados. Contudo, verifica-se certa resistência quanto à possibilidade de o médico se municiar contra ações judiciais (Silvestre, 2024).

2. O que é medicina defensiva ou tomada de decisão médica defensiva?

A medicina defensiva (*defensive medicine*) ou tomada de decisão médica defensiva (*defensive medical decision making*) consiste em um conjunto de orientações de práticas médicas e jurídicas no trato do médico para com o paciente. Destina-se a municiar o médico de provas de boa-fé e zelo em sua prestação de serviço para com o paciente. Tais medidas produzem provas, argumentos e fundamentações técnicas para serem utilizados em processos judiciais e administrativos que versem sobre a responsabilidade do profissional por erro cometido (Valiño, 2021) (Casabona; Perin, 2020) (Reuter, 1984).

Segundo Leonard Berlin (2017), nos primeiros 180 anos após a fundação dos Estados Unidos, os médicos ocasionalmente foram processados por negligência médica. Alegações de negligência foram erros de comissão, ou seja, quando o médico cometia um erro ao fazer algo (conduta ativa), como ocorria, por exemplo, quando se molestava fratura ou luxação, quando se provocava uma complicação ou morte após um procedimento cirúrgico, quando se prescrevia medicamento equivocado e quando, após a descoberta do raio-X em 1895, eram causadas queimaduras por radiação.

Já em meados do século XX, ainda segundo Leonard Berlin (2017), as alegações de negligência médica se transformaram, lentamente, de erros cometidos (conduta comissiva) para erros de omissão (conduta omissiva ou imperícia), isto é, quando o médico falha em realizar um diagnóstico. O número de ações judiciais por imperícia aumentou em uma taxa geométrica a partir da década de 1960. Assim, os médicos começaram a praticar medicina defensiva, o que levou os médicos a solicitarem exames às vezes desnecessários. Nas décadas de 2000 e 2010, o número de processos por imperícia diminuiu, mas a prática da medicina defensiva continua.

A prática se estendeu para a Europa (Garattini; Padula, 2020) e para o Brasil, onde é perpetrada contemporaneamente.

A experiência de ter sido processado por erros no passado e o medo de ser processado no futuro foram a motivação para os médicos passarem a solicitar mais exames. Segundo Leonard Berlin, nos Estados Unidos, os veredictos do júri e os acordos extrajudiciais concedendo milhões de dólares aos queixosos pela negligência dos médicos em não solicitar imagens radiológicas e outros exames começaram a aumentar. Para se ter uma ideia, o número de ações judiciais por negligência médica aumentou 300% entre 1965 e 1970 (Berlin, 2017).

Segundo Angelo Antoci, Alessandro Fiori Maccioni e Paolo Russu (2016), paciente e médico podem interagir com relações “predador-presa”. O paciente litigioso que busca indenização é o “predador” e o médico é a sua “presa”. Para eles, o médico pode se adaptar ao risco de ser processado realizando medicina defensiva. É ingenuidade negar que esse tipo de relação tem potencial de vir a existir, especialmente quando se tem um Judiciário brasileiro com juízes propensos a promover caridade com o dinheiro dos outros (Silvestre, 2024).

A medicina defensiva foi originalmente motivada pelo receio da classe médica de responder em litígios por negligência, especialmente na Europa, onde a maioria dos países tem um sistema de responsabilidade por imperícia sem culpa, ou seja, um sistema de responsabilidade civil objetiva por erro médico (Baungaard; Skovvang; Assing Hvidt, 2022). Por causa desse receio, foi concebido um conjunto de práticas, a serem implementadas pelo médico, que consistem em um desvio das práticas habituais da Medicina, a fim de reduzir ou prevenir críticas e reclamações de pacientes e seus familiares (Ali, 2016).

Mas não só. A medicina defensiva foi ganhando, ao longo do tempo, contornos mais amplos, tanto é assim que a literatura bioética e jurídica europeias dividem a definição de *defensive medicine* em duas categorias, restrita e ampla (Baungaard; Skovvang; Assing Hvidt, 2022).

Em uma definição restrita, a medicina defensiva é vista somente na perspectiva do receio dos médicos de serem processados, de modo que ela é definida pela sua crítica mais básica, isto é, como um desvio dos profissionais de saúde da boa prática médica, motivado pelo desejo de reduzir a exposição a litígios por erro (Baungaard; Skovvang; Assing Hvidt, 2022).

Definida amplamente, a medicina defensiva é vista em uma perspectiva para além do mero receio de ser processado, sendo vista como medidas de autoproteção, tais como: temor da insatisfação do paciente, receio de ignorar um diagnóstico grave, medo de publicidade negativa e temor de perdas reputacionais (Baungaard; Skovvang; Assing Hvidt, 2022) (Quinn, 1998).

É possível afirmar, com base na revisão bibliográfica levantada, que dentre os que patrocinam a medicina defensiva prevalece a definição ampla, pois se entende que dela é possível obter sucessos no tratamento dos pacientes. Seus críticos, por outro lado, tratam de defini-la na perspectiva restrita, como forma de despontar motivos nada nobres de sua prática (Biolini, 1997) (Lopes Neto, 1996).

Há quem afirme que é um fenômeno legítimo, enquanto outros o consideram imoral (Ali, 2016). Este estudo e tese propositiva aqui apresentados rejeitam que o único objetivo da medicina defensiva seja proteger os médicos contra processos judiciais. Como resultado, reformulando sua definição, a medicina defensiva é *principalmente*, mas não necessariamente *apenas*, um instrumento para reduzir a exposição do médico à responsabilidade civil por negligência e, conseqüentemente, evitar desvios da boa prática da Medicina. Desse modo, é possível construir a medicina defensiva sobre motivos não somente de autoproteção do médico, mas também de proteção do próprio paciente (Baungaard; Skovvang; Assing Hvidt, 2022). Um exemplo é o estudo de Angelo Antoci, Alessandro Fiori Maccioni e Paolo Russu (2016), que constatou que as práticas defensivas promoveram melhorias na segurança do paciente, observadas, por exemplo, com anesthesiologistas.

Logo, a medicina defensiva não precisa ser vista como uma prática que estimula a polarização e o conflito entre médico e paciente, pois ela também oferece benefícios aos que usufruem da prestação de serviço do profissional. Até porque, existe uma área cinzenta entre o tratamento adequado do paciente e o tratamento excessivamente autoprotetivo do médico (Ali, 2016).

Mas é verdade, contudo, que tal prática tem um custo elevado para o paciente e para os planos e seguros de saúde e, por isso, deve ser utilizada de maneira comedida. Este sim é o verdadeiro problema da medicina defensiva e que deve ser analisado e amenizado. A medicina defensiva positiva costuma levar a intervenções diagnósticas e terapêuticas desnecessárias, que podem ser invasivas e dispendiosas (Antoci; Maccioni; Russu, 2016) e podem expor os pacientes ao risco de lesões por exames e procedimentos (Panella, 2016). Para M. Panella *et al.* (2015), a medicina defensiva parece ter se tornado um fenômeno difuso, atingindo em maior grau todas as áreas diagnóstico-terapêuticas e levando a um grande desperdício de recursos humanos, organizacionais e econômicos.

Clenio Jair Schulze (2019) fala em “síndrome de Ulisses” ou “cascata diagnóstica”, em que se solicita um exame seguido de outro, seguido de mais outros exames.

Para David I. Sclar e Michael Gene Housman (2003), no sistema atual de *defensive medicine*, para limitar sua exposição à responsabilidade por negligência, os médicos são

incentivados a solicitar mais testes diagnósticos, prescrever medicamentos em excesso, agendar consultas de acompanhamento desnecessárias e prolongar a permanência sob tratamento do paciente. Segundo entendem, isso tem um efeito prejudicial na qualidade dos cuidados de saúde, além de aumentar os custos para o paciente (Andersen, 2021).

Segundo Leonard Berlin (2017), exames e testes desnecessários aumentam a probabilidade de superdiagnóstico e supertratamento, o que ele considera um novo tipo de erro médico por comissão.

José Guilherme Minossi e Alcino Lazaro da Silva (2013) caracterizam a medicina defensiva como: utilização exagerada de exames complementares; uso de procedimentos terapêuticos supostamente mais seguros; encaminhamento frequente de pacientes a outros especialistas; e recusa de atendimento de pacientes graves e com maior potencial de complicações.

M. Panela *et al.* (2016) apresentam estudo sobre alguns custos em torno da medicina defensiva:

In the United States, 93% of physicians reported practising DM in a hospital, and 78% of hospital doctors in the United Kingdom and 60% in Israel and in Italy practised DM in a hospital. The percentage of doctors practising DM is higher for some specialties, for example, obstetrics and gynaecology (97%), gastroenterology (94–98%), neurosurgery (75–83%), and orthopaedics and traumatology (96%). The practice of DM is a significant financial burden in healthcare systems. In the United States, DM is estimated to cost approximately US \$50–100 billion annually. Two national surveys in the United States estimated the costs of DM in the orthopaedic community to range from US \$256.3 million to nearly \$2 billion annually. In Italy has been recently estimated that DM could absorb 10.71% of the total national health expenditure, with an estimated total cost of about €11.60 billion per year. Another study in Italy estimated the yearly cost of defensive procedures performed by gastroenterologists to be €8637 million in a region with a population of around 10 million inhabitants. At the patient level, the practice of DM was also estimated to cost hospitals US \$226, which is the 13% of the mean patient cost (US \$1695)¹.

Por meio da medicina defensiva, os médicos podem desencorajar os pacientes de processar e podem, também, minimizar as chances de serem responsabilizados em ações

¹ Em tradução livre: “Nos Estados Unidos, 93% dos médicos relataram praticar DM em um hospital, e 78% dos médicos hospitalares no Reino Unido e 60% em Israel e na Itália praticaram DM em um hospital. A porcentagem de médicos praticando DM é maior para algumas especialidades, por exemplo, obstetria e ginecologia (97%), gastroenterologia (94-98%), neurocirurgia (75-83%) e ortopedia e traumatologia (96%). A prática do DM é um encargo financeiro significativo nos sistemas de saúde. Nos Estados Unidos, estima-se que o DM custe aproximadamente US\$ 50 a US\$ 100 bilhões anualmente. Duas pesquisas nacionais nos Estados Unidos estimaram que os custos do DM na comunidade ortopédica variam de US\$ 256,3 milhões a quase US\$ 2 bilhões anualmente. Na Itália, estimou-se recentemente que DM poderia absorver 10,71% da despesa total nacional em saúde, com um custo total estimado em cerca de 11,60 bilhões de euros por ano. Outro estudo na Itália estimou o custo anual de procedimentos defensivos realizados por gastroenterologistas em € 8.637 milhões em uma região com população de cerca de 10 milhões de habitantes. No nível do paciente, a prática do DM também foi estimada em custar aos hospitais US\$ 226, que é 13% do custo médio do paciente (US\$ 1.695)”.

judiciais. Para tanto, a medicina defensiva pode se realizar por meio de dois tipos de comportamentos: o primeiro, de caráter negativo, consiste em evitar responsabilidade através da recusa em promover procedimentos de alto risco, ou seja, o médico simplesmente se recusa a atender a um paciente; e o segundo, um comportamento positivo, consiste em uma conduta de segurança que se realiza por meio de testes ou procedimentos extras (Antoci; Maccioni; Russu, 2016) (Silvestre, 2024).

A primária razão de ser da medicina defensiva é de ordem psicológica e não financeira (Silvestre, 2024). Os médicos temem ter que suportar um julgamento longo e demorado muito mais do que temem as consequências financeiras do processo judicial, uma vez que o seguro contra erro médico os protege de penalidades monetárias (Sclar; Housman, 2003).

O maior risco, portanto, é o transtorno de responder a uma ação judicial — além, às vezes, da possibilidade de responsabilidade criminal por lesão corporal — e o receio de perda reputacional.

3. Medicina defensiva: entre vantagens e desvantagens.

Existe uma discussão de caráter ético-moral sobre a medicina defensiva, pois, *prima facie*, ela parece propor que o médico veja no paciente um potencial inimigo que pode processá-lo a qualquer momento. Contudo, é possível conceber a prática defensiva como um incentivo para que o médico adote práticas de melhor exercício da profissão e atue com boa-fé, mas sem perder de vista que o profissional precisa se precaver contra os oportunistas (os quais existem) (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024).

Quinto Tozzi (2015) critica a medicina defensiva, pois, segundo ele, a origem dos comportamentos defensivos está em um equívoco, que é a crença intuitiva — na verdade, uma opinião subjetiva, porque não é apoiada por evidências objetivas reais — de que tais comportamentos aumentam a segurança do médico e reduzem o risco de envolvimento em crimes e processos de indenização. Por isso, entende que a verdadeira prevenção é fazer o paciente se sentir seguro; é a confiança e a segurança do paciente que evitam as ações contra os médicos:

In realtà la vera, oggettiva e realistica prevenzione del rischio di commettere errori e di essere denunciati può derivare solo dalla messa in atto di sistematiche appropriate attività di prevenzione degli errori e da una corretta ed esaustiva comunicazione con i pazienti / parenti.

In altri termini la sicurezza degli operatori sanitari può (e deve) solo passare dalla sicurezza dei pazienti. Non si può cioè neppure immaginare di essere “al sicuro” senza che realmente lo siano prima i pazienti; in altri termini gli operatori sanitari corrono meno rischi solo se i pazienti corrono meno rischi; ogni altro approccio è pura, illogica

e pericolosissima illazione emotiva. Concetti basilari ma non sempre conosciuti o veramente recepiti in termini di comportamenti (Tozzi, 2015, p. 27)².

Ocorre que os encaminhamentos do médico vistos como “excessivos” — por serem medidas defensivas — provocam a sensação de segurança e confiança do paciente em seu clínico. Parece óbvio que se for dada a opção ao paciente de realizar mais exames para um diagnóstico mais preciso, optará ele, na maioria das vezes, pela realização de tais exames. Assim, não convence a proposta crítica de Tozzi (2015) de que, ao invés da medicina defensiva, seja criada, como alternativa, uma relação de segurança e confiança entre médico e paciente. Isso não é suficiente para dar garantias ao médico e lhe transmitir a sensação de segurança no exercício da sua profissão.

Johan Christiaan Bester (2020) bem representa aqueles que pugnam pela medicina defensiva como uma má prática da profissão. Para ele, a medicina defensiva tem implicações éticas e profissionais que devem ser consideradas para além de seu papel questionador da necessidade de uma reforma da responsabilidade civil. Logo, a medicina defensiva, vista em perspectiva ética e profissional, mostrar-se-ia profundamente problemática.

Aliás, Tara F. Bishop *et al.*, em estudo realizado com uma amostragem de médicos sobre a opinião que eles têm quanto à medicina defensiva, demonstrou que a maioria deles acredita que as preocupações com negligência resultam em testes e procedimentos desnecessários. Aqueles médicos também acreditam que reformas devem ser instituídas para protegê-los da responsabilidade civil. Segundo a pesquisa, esse medo geral pode se originar da difusão dos processos por erro médico nos Estados Unidos. Lá, em média, anualmente, de duas a três condenações a indenizar por erro médico são pagas para cada 100 médicos. Os médicos se sentem vulneráveis por causa de processos judiciais e administrativos em que as alegações de negligência ou imperícia muitas vezes não envolvem erro médico e os profissionais foram processados apesar de praticarem dentro do padrão de atendimento (Bishop; Federman; Keyhani, 2010).

A definição que Johan Christiaan Bester (2020) faz de medicina defensiva se restringe a descrevê-la como ações clínicas com o objetivo de proteger o médico contra litígios ou algum resultado adverso. Além disso, enumera aqueles que seriam os principais problemas éticos da

² Em tradução livre: “Na realidade, a prevenção verdadeira, objetiva e realista do risco de cometer erros e de ser notificado só pode decorrer da implementação de atividades sistemáticas adequadas de prevenção de erros e de uma comunicação correta e exaustiva com os doentes/familiares. Ou seja, a segurança dos profissionais de saúde só pode (e deve) passar pela segurança dos pacientes. Em outras palavras, não se pode sequer imaginar estar ‘seguro’ sem que os pacientes realmente estejam seguros primeiro; em outras palavras, os profissionais de saúde correm menos riscos apenas se os pacientes correm menos riscos; qualquer outra abordagem é inferência emocional pura, ilógica e muito perigosa”.

medicina da defensiva, pelos quais classifica a prática defensiva, portanto, como antiética e antiprofissional e deve ser vista como um desafio para a ética e o profissionalismo médicos: engana e prejudica a autonomia do paciente; subjuga os interesses do paciente aos interesses do médico e viola as relações de confiança e suas obrigações; expõe os pacientes a danos sem benefícios; põe em dúvida a confiança na profissão; e viola os deveres impostos pelo ideal de justiça (Bester, 2020) (Silvestre, 2024).

Além desses problemas, Elif Oksan Calikoglu e Aysun Aras (2020) indicam outro, qual seja, que a medicina defensiva é constituída de comportamentos que evitam a responsabilidade do médico sem proporcionar maiores benefícios ao paciente.

José Guilherme Minossi e Alcino Lazaro da Silva (2013, p. 499), por sua vez, enumeram as seguintes consequências da prática da medicina defensiva: onera excessivamente o paciente; onerar excessivamente os planos de saúde; interfere negativamente na relação amistosa que o médico deve ter com seus pacientes e familiares destes; recusa no atendimento a pacientes graves, com doenças complexas e com potencial de complicações ou sequelas; e maior sofrimento ao paciente.

Não obstante as críticas, verdadeiras e razoáveis, esses efeitos relatados não tornam a prática defensiva, *in totum*, uma atitude antiética, imoral e antiprofissional do médico, tentando revelar pontos positivos que se congregam à medicina defensiva, não obstante seus aspectos negativos e discutíveis (Silvestre, 2024). Ou seja, é possível um outro olhar, propositivo e inspirador, da medicina defensiva. Não se trata de negar que esses problemas possam existir; trata-se de demonstrar que, *a despeito da existência dessas características*, a medicina defensiva tem seus pontos positivos e, no saldo final, parece ter mais vantagens (Silvestre, 2024).

Primeiramente, poucos percebem os benefícios da medicina defensiva para os pacientes. O zelo excessivo torna o diagnóstico mais seguro e preciso. Nesse sentido, David M. Studdert *et al.* (2010) questionam: e se, por exemplo, o médico prescreve determinado exame, motivado por um desejo de evitar litígios, ou seja, por motivos “errados” (não-clínicos), mas tal exame acaba revelando algo clinicamente significativo, beneficiando o paciente?

Preocupa-se tanto em sondar a moralidade das práticas defensivas e com suposições de elevação dos custos com a saúde que se esquece dos benefícios que uma atenção mais que redobrada pode trazer (Silvestre, 2024).

Essas vantagens da medicina defensiva são ocultadas pelos embaraços que médicos têm de dizer publicamente que praticam a medicina defensiva e expor os benefícios aos

pacientes obtidos pela experiência. Nesse sentido, veja a observação de David M. Studdert *et al.* (2010) em estudo realizado sobre como os médicos veem a medicina defensiva:

Studies of clinical behavior at the system or population level cannot disentangle motivations, and rarely can account for the clinical benefit of “defensive” practices. Survey research can probe personal motivations, but has different limitations. Because many physicians are attuned to defensive medicine as a problem, and their professional organizations agitate prominently against it, self-report data will always be prone to a “socially-desirable response bias”. In sum, the conceptual complexity of defensive medicine means that the even the most rigorous health services research will struggle to isolate its role as an independent driver of clinical decision making and its effects on the quantity and quality of services delivered. Consequently, it is difficult to draw strong conclusions about how much savings will result if defensive medical practice is reduced³.

Nesse sentido, tais dados revelam que não parece fazer sentido a crítica que Nola M. Ries e Jesse Jansen (2021) fazem à medicina defensiva, de que a prática tem pouco valor clínico. Ao contrário: graças a ela, é possível analisar mais amplamente e em detalhes a saúde do paciente, podendo indicar outros problemas de saúde que precisam ser resolvidos (Silvestre, 2024).

Corroborando essa impressão, pesquisa realizada por Nicholas Summerton (1995) (2000) concluiu que a medicina defensiva tem um aspecto negativo e outro positivo. A prática defensiva negativa inclui prescrição de medicamentos desnecessários, aumento da frequência de acompanhamento, aumento de encaminhamentos e testes de diagnóstico, bem como evitar certos tratamentos e remoção de paciente.

Porém, junto disso, vêm os pontos positivos identificados pela pesquisa: as práticas médicas defensivas positivas promoveram melhorias de qualidade na prestação do serviço, maior triagem, desenvolvimento de auditoria sobre a satisfação do paciente, explicações mais minudenciadas dadas ao paciente e anotações mais detalhadas no prontuário mais detalhadas.

4. Medicina defensiva e suas implicações sobre a responsabilidade civil do médico.

Brian V. Nahed *et al.* (2012) realizaram estudo que apontou a necessidade de mudança de percepção do erro médico e, principalmente, da responsabilidade civil. Se não forem

³ Em tradução livre: “Os estudos do comportamento clínico no nível do sistema ou da população não conseguem desembaraçar as motivações e raramente podem explicar o benefício clínico das práticas ‘defensivas’. A pesquisa de levantamento pode sondar as motivações pessoais, mas tem limitações diferentes. Como muitos médicos estão sintonizados com a medicina defensiva como um problema, e suas organizações profissionais se manifestam contra ela, os dados de autorrelato sempre estarão sujeitos a um ‘viés de resposta socialmente desejável’. Em suma, a complexidade conceitual da medicina defensiva significa que mesmo a mais rigorosa pesquisa em serviços de saúde lutará para isolar seu papel como condutor independente da tomada de decisões clínicas e seus efeitos na quantidade e qualidade dos serviços prestados”.

controladas as bases da sistemática da responsabilidade civil do médico, há o risco de que as preocupações com a responsabilidade médica aumentem as práticas de medicina defensiva, o que irá limitar, via reflexa, o acesso dos pacientes aos cuidados em razão do alto custo da prestação de cuidados de saúde.

Daí que, uma vantagem que pode ser apontada, a partir da ascensão da medicina defensiva, é a reforma da responsabilidade civil do médico e dos hospitais. A complexidade do erro médico e a extensão do dano da vítima, por vezes, criam uma situação de difícil instrução probatória (*probatio diabolica*), em relação à qual o Judiciário nem sempre tem aptidão técnica para lidar manejando a *probatio levior* ou compreendendo amplamente o fenômeno clínico. No sistema vigente de responsabilidade civil do médico, o problema de maior notoriedade é, exatamente, a prova do nexo de causalidade (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024).

Assim, de *lege ferenda*, a prática defensiva na Medicina pode levar a uma reforma da responsabilidade civil, o que é visto como uma medida necessária, mas não suficiente, para diminuir os custos da saúde (Studdert; *et al.*, 2010).

A mitigação da responsabilidade civil diminui custos com os tratamentos de saúde porque, primeiramente, reduz as preocupações dos médicos em praticar uma rigorosa medicina defensiva e, em segundo lugar, reduz o pagamento de indenizações vultosas e de prêmios assecuratórios, cujos valores altos não serão repassados aos pacientes e planos e seguros de saúde (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024).

Nesse sentido, David M. Studdert *et al.* (2010) entendem que, embora os custos da medicina defensiva sejam pequenos em proporção aos gastos norte-americanos com saúde agregados, sem reformas para lidar com o receio da responsabilidade — que impulsiona as práticas defensivas —, será difícil fazer com que os médicos prestem serviços com boa relação custo-benefício.

Quer dizer, se a medicina defensiva é um vilão dos custos com o sistema de saúde — para pacientes, planos, seguros e sistemas públicos —, precede-lhe, em realidade, um outro vilão: a severa responsabilidade civil por erro médico. Tanto é assim que já na década de 1970, Laurence R. Tancredi e Jeremiah A. Baroness (1978) apresentaram estudo que mostrou que ainda mais importante que a questão da medicina defensiva é outro problema mais básico, qual seja, o sistema norte-americano de compensação por lesões médicas.

Nesse contexto, a medicina defensiva tem um papel revelador: o excesso de dissuasão promovido pela responsabilidade civil do médico, o que significa que os médicos tomam mais precauções do que aquelas socialmente ideais (Studdert; *et al.*, 2010). Tanto é assim que a medicina defensiva é definida por alguns como a prática de solicitar exames médicos,

procedimentos ou consultas de valor clínico duvidoso, a fim de proteger o médico prescritor de processos por negligência (Brateanu, 2014).

Observe que o problema, em si, não é a medicina defensiva, mas os altos custos da responsabilidade médica. Nesse sentido, para Maurizio Catino (2009a) (2009b), em estudo sobre a medicina defensiva na Itália, a cultura da culpa e o aumento do litígio por erro médico levam a comportamentos defensivos que resultam em efeitos negativos para o paciente, tanto em termos de custos quanto na segurança.

Preston L. Williams *et al.* (2021) propõem uma forma de alterar a responsabilidade civil do médico para mitigar o receio do profissional e, conseqüentemente, reduzir a prática rigorosa da medicina defensiva — ao que eles chamam de “neutralizar a medicina defensiva” —, qual seja, a limitação da indenização por prejuízos não-econômicos.

Adaptando a ideia ao sistema jurídico brasileiro, os autores pugnariam por um tabelamento do valor das compensações por dano moral decorrente de erro médico (Silvestre, 2024).

Pesquisa realizada por Andrei Brateanu *et al.* (2014) sobre a reforma da responsabilidade civil do médico em estados norte-americanos demonstrou que o verdadeiro custo médico associado à medicina defensiva não era conhecido e era estimado apenas indiretamente: tratava-se, justamente, da responsabilidade civil médica.

Por exemplo, quando foram analisados pacientes hospitalizados do Medicare, descobriu-se que, em comparação com os estados sem reforma da responsabilidade civil, aqueles com reforma experimentaram um declínio significativo nos gastos hospitalares para infarto do miocárdio e doença cardíaca isquêmica (Brateanu, 2014).

No Brasil também se faz necessária uma reforma. A regra fundamental da responsabilidade civil por erro médico está prescrita no art. 951 do Código Civil:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Em síntese, os arts. 948, 949 e 950 do Código Civil prescrevem o pagamento das seguintes verbas indenizatórias para os casos de erro médico (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024):

- No caso de morte, o médico deverá pagar as despesas com (art. 948): tratamento da vítima; funeral; luto da família; prestação de alimentos (pensão alimentícia) às

pessoas dependentes do morto (levando-se em conta a duração provável da vida da vítima, ou seja, pode ser uma pensão alimentícia a ser paga por toda a vida pelo médico); e dano moral pela perda do ente familiar (parágrafo único do art. 12 do Código Civil);

- No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o médico indenizará o ofendido quanto (art. 949): às despesas do tratamento; aos lucros cessantes até ao fim da convalescença (ou seja, aquilo que o paciente deixar de lucrar por estar impossibilitado se deixar de exercer sua atividade remuneratória); a algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, como o dano moral por lesão à incolumidade psicossomática (*caput* do art. 12 do Código Civil) e a chamada perda de uma chance (*theory of liability for loss of a chance*); e
- Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão ou lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu (art. 950).

Veja que as verbas indenizatórias são amplas e rigorosas e, assim como em outros países, indicam a necessidade de uma reforma da responsabilidade civil do médico fundada no art. 951 do Código Civil (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024).

Tamanha extensão danosa, obviamente, leva ao aumento dos prêmios dos seguros de indenização, custos esses que são jogados para o paciente no valor das consultas, dos exames e dos planos de saúde (Silvestre, 2024) (Silvestre; Henriques, 2024).

No estudo de Brateanu *et al.* (2014) é apresentado o entendimento de que a medicina defensiva é um fator significativo que impulsiona o custo geral do sistema de saúde dos Estados Unidos, que era de 15% do valor do produto interno bruto em 2014. Segundo os dados preliminares da pesquisa, até 92% dos médicos norte-americanos praticariam a medicina defensiva e os custos a ela associados poderiam ser entre US\$ 650 bilhões e US\$ 850 bilhões por ano, correspondendo entre 26% a 34% dos custos anuais de saúde em 2014.

Mas, ao final, a pesquisa de Andrei Brateanu *et al.* (2014) revelou um interessante dado, que coloca em xeque a crítica de que a medicina defensiva aumenta os custos com a saúde. O estudo concluiu que, especificamente no cenário da atenção primária à saúde, o custo da medicina defensiva encontrado por eles é menor que o relatado em prospectivas e análises econômicas. Concluíram os pesquisadores que os custos da medicina defensiva parecem ter pouco impacto no rápido aumento dos custos de saúde.

José Guilherme Minossi e Alcino Lazaro da Silva (2013) identificam um dos culpados pelo sentimento de insegurança dos médicos: “A maneira como são conduzidos os processos pelo poder judiciário certamente contribui para a consolidação desta prática insensata. A morosidade da justiça, em nosso meio, associado ao despreparo dos juízes e peritos judiciais na análise dos casos, leva a um desgaste emocional das partes”.

Minossi e Silva (2013) consideram o Judiciário — e não a legislação — um problema: “A legislação brasileira é bastante justa em seu ordenamento jurídico no que se refere à responsabilidade penal e civil do médico. Da mesma maneira o é o código de Ética Médica, aplicado pelos tribunais de Ética, dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina”.

Os operadores do Direito que atuam nas ações de indenização por erro médico (juízes, advogados e assistentes do juízo) não são suficientemente conhecedores das razões de ser da profissão médica e dão importância substancial à prova documental. Nesse sentido, Minossi e Silva (2013) chamam a atenção para a necessidade de que o juiz conheça as peculiaridades da profissão do médico: “O julgador tem que conhecer a complexidade em que se situa hoje a ciência médica e entender que o médico, basicamente, erra quando não cumpre com seus deveres de conduta. Daí a importância do julgador em participar ativamente do processo e não apenas observar o embate entre as partes”.

Segundo José Guilherme Minossi e Alcino Lazaro da Silva, os deveres de conduta do médico são: informação, atualização, vigilância e abstenção de abuso (2013). Cumpridos estes deveres, não faz sentido a condenação do médico.

Também em crítica ao Judiciário, Igor de Lucena Mascarenhas e Saulo José Casali Bahia (2022) entendem que é o próprio Judiciário que fomenta a judicialização da Medicina, quando não constrói parâmetros mínimos sobre como realizar o dever de informação. Com isso, o médico precisa constituir uma hiperinformação, a título de medicina defensiva, para se municiar com provas em caso de ação judicial.

Entendem Mascarenhas e Bahia (2022) que o Judiciário precisa se aperfeiçoar para a circunstância específica do erro médico:

[...] é primordial que os julgamentos sobre erro médico sejam feitos de forma técnica, seja para penalizar os erros de fato, como também para estabelecer um parâmetro do quantum mínimo informacional exigido, sendo este compreendido como chances reais e sérias, de modo que possibilidades diminutas, ainda que possíveis, devem estar compreendidas dentro do atendimento médico, mas sem a necessidade de sua inserção nos Termos de Consentimento.

Não se pode subestimar os efeitos negativos de estar no “banco dos réus” (Silvestre, 2024). O litígio médico representa uma ameaça real para os médicos e pode ser uma causa direta para deixar a profissão (Ali, 2016) (Herrero, 2023). Há um sentimento de pavor entre os profissionais? Estudo realizado por Tara F. Bishop *et al.* (2010) revela que médicos de especialidades de baixo risco, como cuidados primários, expressaram tanta preocupação em serem processados quanto médicos de especialidades cirúrgicas de alto risco.

Renato Assis (2017, p. 4-5) analisa como um processo judicial pode afetar a carreira do médico. Segundo ele, os principais efeitos do processo são: abalo psicológico, imagem prejudicada, sensacionalismo da imprensa, privação da liberdade, perda do patrimônio e caminho para novos processos e condenações.

Desse modo, a medicina defensiva é uma reação (legítima) a algo muito maior. A verdadeira raiz do problema precisa ser conhecida e trabalhada: um Judiciário que não entende as idiossincrasias da profissão médica e do erro médico e arbitramentos indenizatórios de *quanta* excessivos.

5. Conclusão.

A medicina defensiva é alvo de críticas, mas suas virtudes são subestimadas, embora devam ser reconhecidas. Existe uma falta de preocupação em relação ao médico-réu. Muitas vezes, esses profissionais se submetem a decisões judiciais que ignoram os métodos corretos da prática médica, a defesas mal preparadas e a decisões judiciais que optam pelo caminho mais simples de condenação.

No caso do erro médico, também se padece da mesma dificuldade vivenciada em outras ações judiciais: a insegurança jurídico-judicial. Nas décadas de 1990, 2000 e 2010, a literatura jurídica brasileira pugnava por um papel mais ativo do juiz. Isso levou a um problema contemporâneo, qual seja, o juiz não quer decidir de acordo com a lei, mas sim de acordo com suas inclinações sensíveis, com seu sentimento próprio de justiça e com a tal e malfadada “empatia”. Tudo isso cria uma insegurança que não é exclusivamente jurídica, mas também judicial.

É nesse contexto que a medicina defensiva se faz necessária e, ainda assim, insuficiente para garantir que o médico não seja processado e condenado. Ela não deixa de ser uma crítica a um modelo de responsabilidade civil feroz e a um Judiciário propenso a promover inseguranças jurídicas e sociais contra a categoria médica.

6. Referências.

- ALI, AbdelAzim A.; *et al.* Concept of defensive medicine and litigation among Sudanese doctors working in obstetrics and gynecology. **BMC Medical Ethics**, v. 17, n. 12, p. 1-5, 2016.
- ANDERSEN, Merethe K.; *et al.* Defensive medicine in Danish general practice. Types of defensive actions and reasons for practicing defensively. **Scandinavian Journal of Primary Health Care**, v. 39, issue 4, p. 413-418, 31 Aug. 2021.
- ANTOCI, Angelo; MACCIONI, Alessandro Fiori; RUSSU, Paolo. The Ecology of Defensive Medicine and Malpractice Litigation. **Plos One**, v. 11, n. 3, March 2016.
- ASSIS, Renato. **Manual da medicina defensiva**: entenda como o médico deve proceder para não ser processado e condenado. Belo Horizonte: Assis Videira, 2017.
- BAUNGAARD, N.; SKOVVANG, P. L.; ASSING HVIDT, E.; *et al.* How defensive medicine is defined in European medical literature: a systematic review. **BMJ Open**, v. 12, p. 1-13, Jan. 2022.
- BERLIN, Leonard. Medical errors, malpractice, and defensive medicine: an ill-fated triad. **Diagnosis**, v. 4, n. 3, p. 133-139, 14 Aug. 2017.
- BESTER, Johan Christiaan. Defensive practice is indefensible: how defensive medicine runs counter to the ethical and professional obligations of clinicians. **Medicine, Health Care and Philosophy**, v. 23, p. 413-420, Apr. 2020.
- BIROLINI, Dário. Medicina defensiva ou medicina ofensiva? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 24, n. 6, p. 3-4, 1997.
- BISHOP, Tara F.; FEDERMAN, Alex D.; KEYHANI, Salomeh. Physicians' Views on Defensive Medicine: A National Survey. **Archive International Medicine**, v. 170, n. 12, p. 1081-1083, Jun. 2010.
- BRATEANU, Andrei; *et al.* Quantifying the defensive medicine contribution to primary care costs. **Journal of Medical Economics**, v. 17, issue 11, p. 810-816, 12 Sep. 2014.
- CALIKOGLU, Elif Oksan; ARAS, Aysun. Defensive medicine among different surgical disciplines: A descriptive cross-sectional study. **Journal of Forensic and Legal Medicine**, v. 73, July 2020.
- CASABONA, Carlos María Romeo; PERIN, Andrea. **Derecho y medicina defensiva**: legitimidad y límites de la intervención penal. Granada: Comares, 2020.
- CASTRO, Jorge Rosas de. Consentimento informado e medicina defensiva. **Revista Julgar**, Coimbra, nº. especial, p. 207-223, abr. 2014.
- CATINO, Maurizio. Blame culture and defensive medicine. **Cognition, Technology & Work**, v. 11, p. 245-253, July 2009a.

CATINO, Maurizio; CELOTTI, Simona. The Problem of Defensive Medicine: Two Italian Surveys. In: BEUSCART, Régis; HACKL, Werner; NØHR, Christian (Eds.). **Detection and Prevention of Adverse Drug Events: Information Technologies and Human Factors**. Amsteram: IOS Press BV, 2009b, p. 206-221.

GARATTINI, Livio; PADULA, Anna. Defensive medicine in Europe: a ‘full circle’? **The European Journal of Health Economics**, v. 21, p. 165-170, 2020.

HERRERO, Mónica Hernández. **Medicina defensiva y judicialización: Radiografía del litigio en la sanidad pública**. Madrid: Dykinson, 2023.

LOPES NETO, Silvino; *et al.* **Medicina defensiva: problema ou solução**. Porto Alegre: AMRIGS, 1996.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; BAHIA, Saulo José Casali. O exercício da medicina defensiva enquanto reação às decisões judiciais: o papel do Judiciário na construção de uma postura ética no exercício médico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 31, n. 141, p. 339-355, maio/jun. 2022.

MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lazaro da. Medicina defensiva: uma prática necessária? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, v. 40, n. 6, p. 494-501, 2013.

MONTANERA, Daniel. The importance of negative defensive medicine in the effects of malpractice reform. **The European Journal of Health Economics**, v. 17, p. 355-369, 2016.

NAHED, B. V.; BABU, M. A.; SMITH, T. R.; HEARY, R. F. Malpractice Liability and Defensive Medicine: A National Survey of Neurosurgeons. **Plos One**, v. 7, n. 6, Jun. 2012.

PACHECO, Fabio. As especialidades médicas mais processadas no Brasil. **Resmedica**. São Paulo, 26 out. 2022.

PANELLA, M.; *et al.* Defensive Medicine: Overview of the literature. **Igiene e Sanita Pubblica**, v. 71, n. 3, p. 335-351, May 2015.

PANELLA, M.; *et al.* The determinants of defensive medicine in Italian hospitals: The impact of being a second victim. **Revista de Calidad Asistencial**, v. 31, Supplement 2, p. 20-25, July 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade médica e medicina defensiva. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). **Estudos de direito da bioética**. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2005, p. 171-191.

QUINN, Robert. Medical Malpractice Insurance: The Reputation Effect and Defensive Medicine. **The Journal of Risk and Insurance**, v. 65, n. 3, p. 467-484, Sep. 1998.

RESCHOVSKY, James D.; SAIONTZ-MARTINEZ, Cynthia B. Malpractice Claim Fears and the Costs of Treating Medicare Patients: A New Approach to Estimating the Costs of Defensive Medicine. **Health Services Research**, v. 53, issue 3, p. 1498-1516, June 2018.

REUTER, James A. **Defensive medicine and medical malpractice**. Washington D.C.: Congressional Research Service, Library of Congress, 1984.

RIES, Nola M.; JANSEN, Jesse. Physicians' views and experiences of defensive medicine: An international review of empirical research. **Health Policy**, v. 125, issue 5, p. 634-642, May 2021.

SAKS, Michael J.; LANDSMAN, Stephan. The Paradoxes of Defensive Medicine. **Health Matrix**, v. 30, p. 25-45, 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. Medicina defensiva em excesso. **Empório do Direito**. São Paulo, 11 nov. 2019.

SCLAR, David I.; HOUSMAN, Michael Gene. Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives in Defensive Medicine. **Harvard Health Policy Review**, v. 4, n. 1, p. 75-84, Spring 2003.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Em defesa da Medicina Defensiva. In: BOECHAT, Hildeliza Lacerda Tinoco; NOVAIS, Alinne Arquette Leite; MOREIRA, Raquel Veggi. (Org.). **Direito Médico e da Saúde**. São Paulo: Almedina, 2024, p. 177-206.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HENRIQUES, Felipe Sardenberg Guimarães Três. Excludentes da responsabilidade civil por erro do médico. In: BOECHAT, Hildeliza Lacerda Tinoco; NOVAIS, Alinne Arquette Leite; MOREIRA, Raquel Veggi. (Org.). **Direito Médico e da Saúde**. São Paulo: Almedina, 2024, p. 341-370.

STUDDERT, D. M.; MELLO, M. M.; BRENNAN, T. A. Defensive Medicine and Tort Reform: A Wide View. **Journal of General Internal Medicine**, v. 25, p. 380-381, May 2010.

SUMMERTON, N. Trends in negative defensive medicine within general practice. **British Journal of General Practice**, v. 50, issue 456, p. 565-566, July 2000.

SUMMERTON, Nicholas. Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners. **BMJ**, v. 27, p. 310-315, Jan. 1995.

TANCREDI, Laurence R.; BARONDESS, Jeremiah A. The Problem of Defensive Medicine. **Science**, v. 200, issue 4344, p. 879-882, 26 May 1978.

TOZZI, Quinto. Il progetto Agenas sulla medicina difensiva. **Pratica Medica & Aspetti Legali**, v. 9, n. 2, p. 27-30, maio 2015.

VALE, Homaile Mascarin do; MIYAZAKI, Maria Cristina de Oliveira Santos. Medicina defensiva: uma prática em defesa de quem? **Revista Bioética**, vol. 24, n. 4, out.-dez. 2019.

VALIÑO, Ana Belén Cruz. **Medicina defensiva: aproximación conceptual**. Granada: Comares, 2021.

WILLIAMS, Preston L.; WILLIAMS, Joanna P.; WILLIAMS, Bryce R. The fine line of defensive medicine. **Journal of Forensic and Legal Medicine**, v. 80, 17 April 2021.