VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VALMIR CÉSAR POZZETTI

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615

Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Nuno Manuel Pinto Oliveira; Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-463-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Biodiversidade. 3. Avanços tecnológicos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

A obra representa a reunião de artigos amplamente discutidos numa agradável tarde de verão, na Universidade do Minho, em Braga, Portugal, por ocasião do VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

As discussões coordenadas pelos signatários abrangeram temas ecléticos, externados nos textos que fazem parte da obra, e que compuseram a essência do Grupo Temático Biodireito e Direito dos Animais.

A leitura dos artigos, tamanha a envergadura dos temas e a apresentação deles, dará ao leitor a certeza de que os desafios impostos nos assuntos abordados foram enfrentados de forma altaneira, coerente e rica por seus autores.

Vejamos, pois:

No trabalho “a cobrança da taxa de disponibilidade obstétrica e os direitos da paciente”, a autora Maria dos Remédios de Lima Barbosa enfrentou a questão da cobrança da taxa da disponibilidade obstétrica à luz do direito constitucional à saúde e do Código de Ética Médica, não se furtando, ainda, à questão atual da realização de partos com intervenção cirúrgica, mesmo quando o parto, chamado natural, seria condizente ao caso.

No texto “atuação da economia comportamental nas questões reprodutivas: nudges como uma possibilidade para a conscientização do aborto”, a autora Cláudia Ribeiro Pereira Nunes destacou, no âmbito de uma pesquisa empírica realizada com um corpo eclético de entrevistados, a importância da educação reprodutiva para fins de conscientização de todos sobre a questão do aborto, destacando que não basta entoar apenas a órbita da licitude ou ilicitude da prática, mas o verdadeiro conhecimento do tema, independentemente da classe social a que pertença a pessoa.

O autor português João Proença Xavier apresentou o artigo “direitos humanos e bioética - reprodução assistida: inseminação e fertilização artificial” abordando as causas da infertilidade e as técnicas de combate a ela sob a ótica dos direitos humanos. A discussão sobre o tema foi sequenciada pela apresentação de Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, que

destacou, no texto intitulado “uma busca entre a liberdade e a dignidade: gestação por substituição e os aspectos jurídicos no direito brasileiro”, as técnicas homólogas e heterólogas de reprodução humana assistida e aspectos pertinentes do assunto nos ordenamentos brasileiro e português. O tema também foi tratado por Mariana Schafhauser Boçon, no texto intitulado “a regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal”, trabalho esse que trouxe à tona a inexistência da regulamentação da questão no Brasil sob a ótica legislativa ao contrário do que ocorre em Portugal.

A sequência dos trabalhos ficou a cargo de dois textos condizentes ao direito dos animais. A autora Carla de Abreu Medeiros, no texto intitulado “os animais como sujeitos de direito: rompendo com a tradição antropocêntrica do direito civil” e a autora Fernanda Ferreira dos Santos Silva, no texto “xenotransplantes: a ponderação entre o direito fundamental à vida x a necessária proteção da dignidade animal”, destacaram a necessidade do trato dos animais como verdadeiros sujeitos de direitos, principalmente à vida e à dignidade, bem como a inexistência de um arcabouço normativo pleno em prol da tutela animal.

Noutra vertente, Caio Eduardo Costa Cazelatto e Valéria Silva Galdino Cardin, na obra “das restrições à liberdade de expressão frente à violação dos direitos das minorias sexuais pelo discurso de ódio”, entoaram a relatividade de direitos fundamentais, mormente quando exercidos de forma abusiva, em prejuízo das minorias, com flagrante violação à dignidade da pessoa humana e à liberdade de escolha sexual.

Por fim, Valmir César Possetti, no texto “lei de biossegurança e as controvérsias sobre o início da vida”, e Mariana Carolina Lemes, no trabalho intitulado “pacientes terminais e cuidados paliativos: terminalidade da vida, autodeterminação e limites da intervenção estatal” trataram do início e do final da vida, enaltecendo questões práticas condizentes ao trato legal, jurisprudencial e religioso acerca do assunto.

É claro que, em sede de apresentação, não há como tratar dos textos com a profundidade que a leitura deles proporcionará. Trata-se apenas de um singelo convite para que o leitor possa observar a atualidade, a riqueza e a importância dos temas e, assim, motivar-se ainda mais à apreciação e deleite dos mesmos.

Tenham todos uma aprazível leitura, o que por certo ocorrerá!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Prof. Dr. Nuno Oliveira

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A COBRANÇA DA TAXA DE DISPONIBILIDADE OBSTÉTRICA E OS DIREITOS DA PACIENTE

THE OBSTETRIC AVAILABILITY CHARGE AND THE RIGHTS OF THE PATIENT

Igor de Lucena Mascarenhas
Maria Dos Remedios De Lima Barbosa

Resumo

O trabalho busca expor a relação médico paciente e a cobrança da taxa de “disponibilidade obstétrica”. Trata-se de uma taxa cobrada pelos médicos para assumir uma obrigação personalíssima de realizar o parto da paciente. Através da análise do posicionamento do Conselho Federal de Medicina, da análise bibliográfica e dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, conclui-se que o tema é novo, porém a cobrança só pode ser reputada como legal se acompanhada de três requisitos: sobreaviso, ausência de dupla remuneração e o consentimento informado por parte do paciente.

Palavras-chave: Disponibilidade obstétrica, Sobreaviso médico, Partos

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the relationship established between the patient and the physician as well as the legality of the "obstetric availability" charge. It is a fee charged by doctors in which they assume a personal obligation to perform the childbirth. Through a bibliographical analysis and with the support of the arguments used by the Federal Medical Council and State Prosecution Office, it is concluded that the charge is legal only if observed three requirements: unscheduled childbirth, single payment and previous known of the charge by the patient.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Obstetric availability, Medical stand by, Childbirth

1. A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

A saúde é um direito fundamental de todo e qualquer ser humano. Em relação à essa afirmação não há nenhuma dúvida. Ocorre que no Brasil, tal direito está constantemente vinculado à classe social a que pertence o ser humano. Aqueles que têm capacidade econômica para pagar por um acesso à assistência através dos planos de saúde estão, via de regra, mais bem municiados do que aqueles que dependem exclusivamente do Estado.

Ante a mercantilização do tratamento dispensado por planos de saúde e, de certa forma, por alguns médicos, o atendimento médico tem se tornado cada vez mais precário, mal remunerado e, sobretudo, rápido. Infelizmente, o conceito de rapidez apresentado no presente trabalho não é o mesmo utilizado pelo Pacto de San Jose da Costa Rica para definir a celeridade processual. O tratamento dispensado tem, cada vez mais, se tornado deficiente, nos termos do art. 14 do CDC, causando inúmeros prejuízos para o consumidor-paciente.

Esse atendimento deficiente pode ser caracterizado a partir da falta de informação completa acerca da saúde do paciente, bem como por uma análise superficial e pouco esclarecedora sobre a sua condição.

A discussão sobre a natureza da relação firmada entre médico e paciente, atualmente, é pouco controversa. Trata-se de uma relação consumerista em que o profissional liberal atua como fornecedor de um serviço (saúde) em favor do consumidor. A existência da confiança entre tais agentes é mais proeminente do que nas demais relações consumeristas, pois o paciente supõe ao médico um saber sobre si. Ou seja, o profissional privado é escolhido em razão de suas aptidões para dirimir um sofrimento que acomete o consumidor paciente. Diferente do que ocorre com o marceneiro, encanador, fornecedor de eletrodomésticos, os profissionais da saúde prestam, como o próprio nome já indica, um serviço da saúde, ou seja, protegem um direito fundamental. O CDC, em seu art. 2º define o consumidor como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Fornecedor, por outro lado, está definido no art. 3º do mesmo diploma legal, vejamos:

> Art. 3º **Fornecedor é toda pessoa física** ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços.**(sem grifos no original)

Como bem destaca Eduardo Chiari Gonçalves (2015), o conceito apresentado pelo CDC é genérico e não excludente, ou seja, não é um rol taxativo, de sorte que aqueles que prestam serviços médicos, independente de ser pessoa física (médico) ou jurídica (clínica ou hospital) se enquadram no conceito de fornecedor (MATIELLO, 2014).

Confirmando tal posicionamento, ainda que o serviço detenha natureza singular, o STJ já se pronunciou sobre o tema:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA. CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º). RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS.
>
> (...)
>
> **6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia.**
>
> (...)
>
> (EREsp 605.435/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2011, DJe 28/11/2012)

Superado eventual dúvida sobre a natureza do serviço médico prestado e a incidência do CDC às relações médico-paciente, necessário esclarecer alguns pontos sobre os planos de saúde e a intermediação do atendimento.

2. O DEVER DE INFORMAÇÃO

A atual sociedade da informação mudou o tratamento dispensado a este rico elemento. Informação é poder, conforme podemos observar a partir dos recentes escândalos divulgados nacionalmente e internacionalmente como os casos WikiLeaks, Petrobras e Fifa. Bárbara Svalov (2012) destaca que a informação é difusa na sociedade, sendo necessária para todas as

classes sociais. Apenas com a informação é que podemos observar a real conjuntura que nos cerca.

A informação assimétrica impede que as partes contratantes façam as melhores escolhas possíveis, inibindo assim alcançar um equilíbrio de mercado (VARIAN, 2006). Em razão da informação incompleta, os agentes tomam más decisões, ou seja, não maximizam sua utilidade.

O dever de informação, aviso ou conselho, além de poder estar expresso no contrato, representa um dever acessório que pode ser extraído do princípio da boa fé. No caso do atendimento médico, as informações relativas ao parto e os custos extras que poderão incidir a tal fato são determinantes na escolha do paciente. A omissão de informação afeta sobremaneira o pacto médico-paciente, o que poderá resultar em uma falta de dever de pagamento extra por estar ausente o requisito da boa-fé. Há um patente vício de vontade por parte do paciente, pois, caso soubesse do custo extra, poderia não querer ser atendido pelo médico que cobra valores não cobertos pelo plano de saúde. Trata-se de uma omissão de informação qualificada como oculta, ou seja, ela é pré-existente à formação do vínculo contratual. O serviço prestado com informações faltantes é um serviço defeituoso (COUTO FILHO; SOUZA, 2010).

A informação é um direito básico do consumidor, conforme se extrai do inciso III, art. 6º do CDC, vejamos:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> (...)
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

De igual forma, nossa Magna Carta prevê que a informação é um direito fundamental. De acordo com Pedro Fonseca (2014), o paciente deve ter conhecimento completo de todo o seu estado de saúde, de modo que possa tomar a decisão mais conveniente no contexto apresentado pelo agente informador (médico). Eduardo Dantas (2014) destaca que a autonomia do paciente é um dos maiores princípios do Biodireito, de sorte que o referido princípio só se efetiva a partir da completude da informação. A intervenção médica tem que ser compreendida e consentida pelo paciente, porém, para consentir de forma racional e completa, é necessária que seja transmitida toda a informação possível e necessária para a decisão. O paciente deve dispor de todos os elementos possíveis para a sua integral compreensão e consentir com o tratamento indicado pelo médico. A informação possui um

duplo tratamento: é direito do paciente e dever do médico. O consentimento esclarecido garante, sob um viés utilitarista, que o próprio consumidor-paciente determine seu próprio destino e avalie, dentre as suas opções, o melhor tratamento.

Bruno Seligman de Menezes (2014, p. 86) detalha que o consentimento livre e esclarecido representa o "acesso de forma cognoscível ao diagnóstico, ao tratamento, aos riscos a ele inerentes, a fim de que decida se aceita ou não o referido tratamento". Vamos além e colocamos que o livre consentimento engloba todas as informações essenciais para a escolha do tratamento. O direito à informação representa um direito à transparência plena (GOZZO, 2012).

O art. 5º traz alguns direitos e garantias fundamentais e, apesar de trabalharmos que a informação é um direito, também é uma garantia fundamental, pois, a partir da informação obtida, vários direitos poderão ser efetivados. Ou seja, a informação é meio e pressuposto para concretização e exercício dos demais direitos.

3. A ÉTICA MÉDICA E O DEVER DE INFORMAÇÃO

A cobrança da taxa de disponibilidade obstétrica tem sua origem a partir do sobreaviso médico. Esse instituto da Ética Médica é regulado pela resolução CFM nº 1.834/2008 e regulamenta a possibilidade dos médicos cobrarem por estarem de plantão, de forma não presencial, porém disponíveis, e se deslocarem para prestar o serviço necessário.

Tal qual ocorre no âmbito justrabalhista em que o trabalhador coloca-se à disposição para qualquer necessidade do empregador, o plantão sob o regime de sobreaviso é um período que, apesar do profissional não estar presente presencialmente, ele está em alerta para prestar o serviço sempre que requisitado. Esse estado de alerta é remunerado, de sorte que desnecessária a presença física do médico, salvo algumas especialidades. De forma análoga, a taxa de disponibilidade obstétrica pode ser encarada como uma remuneração pelo estado de alerta do profissional médico.

Todavia, para ser efetivado o direito de remuneração complementar do médico, é essencial que haja a comunicação prévia e completa acerca de todos os riscos e ônus que estão em tela.

O dever de informação a ser efetivado pelo médico é reiteradamente tratado no Código de Ética Médica, conforme podemos extrair das normas proibitivas abaixo:

> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após **esclarecê-lo** sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do **direito de decidir livremente** sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de **decidir livremente** sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
> Art. 34. Deixar de **informar** ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (sem grifos no original)

Todos os quatro artigos citados possuem em comum o dever de comunicação do médico e o direito de autodeterminação do paciente. O paciente tem o direito de sanar todas as suas dúvidas e o médico o dever de esclarecer todos os questionamentos. Destaca-se que mesmo que não questionado, o médico é obrigado moral, civil e eticamente a esclarecer todos os fatos que circundam o procedimento médico. O médico tem a função de garantir que a escolha seja feita de forma informada e esclarecida (DANTAS; COLTRI, 2011).

4. O ATENDIMENTO MÉDICO E OS PLANOS DE SAÚDE

A deficiência clara do Estado em efetivar o direito à saúde gerou, após intensos debates legislativos ao longo de 07 (sete) anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei 9.656/98 que regulamenta os planos de saúde, na qualidade de empresas que atuam em paralelo ao Estado (SILVEIRA, 2010).

As operadoras de planos de assistência à saúde são empresas e entidades que operam no mercado de saúde suplementar, com proposta de atendimento e de tratamento de enfermidades que acometem os seus contratantes. Deste modo, observa-se que os planos de saúde atuam ao lado do Estado prestando um serviço de alta relevância social (SILVA, 2010).

Os contratos de seguro são contratos típicos, previstos em legislação específica, cujo objetivo é garantir a assistência à saúde. Representam uma minimização dos riscos, pois, independente da existência ou não do sinistro (necessidade de utilização do serviço médico), o consumidor-paciente paga para cobrir eventuais gastos que seriam despendidos com o

atendimento. O dispêndio poderá ser minimizado nos casos de coparticipação ou integralmente pago pelo plano de saúde.

O pagamento dos planos de saúde forma um fundo mutual que garante que o plano não seja deficitário, ou seja, as empresas garantem o seu lucro a partir da inexistência de sinistros simultâneos. Em razão da ausência de certeza dos sinistros, parte da doutrina entende que se trata de contratos aleatórios (SILVEIRA, 2010).[1]

A princípio, os planos representam uma forma de acesso à saúde em razão da precariedade observada no serviço público. Como consequência dessa omissão estatal, observou-se uma proliferação dos planos de saúde e a relação outrora fiduciária foi subvalorizada em detrimento de um acesso supostamente célere e eficaz à saúde.

O elevado número de reclamações relativo às operadoras, equiparando-as ao atendimento deficiente do setor público resultou na paradoxal reação da ANS de regulamentar os prazos máximos para atendimento.[2]

Logo, atualmente, o paciente que possui plano de saúde tem direito ao acesso médico, jamais acesso ao médico específico e individualizado. Os prazos para atendimento regulamentados pela ANS demonstram que o contratante de plano de saúde tem direito ao médico, porém não pode exigir que o seu atendimento seja feito por médico específico no prazo previsto na RN nº 259, uma vez que o plano de saúde não pode regulamentar a agenda e disponibilidade de um profissional, ante a existência da própria liberdade profissional em específico. A responsabilidade do plano é de fornecer uma gama de profissionais habilitados

---

[1] Sobre o tema, há posicionamento doutrinário diverso, pois alguns doutrinadores entendem que as contraprestações do contrato são certas, ou seja, seria um contrato tipicamente comutativo. Aplicando o entendimento análogo ao contrato de seguro, a comutatividade estaria relacionada ao dever de prestar a assistência (QUEIROZ, 2007). A incerteza, ou álea, como alguns doutrinadores definem, seria afeita à ocorrência do sinistro, jamais as obrigações previamente pactuadas e previstas no instrumento contratual. Em sentido contrário se posiciona Godoy (2011) ao defender que há uma clara aleatoriedade, pois o consumidor pode pagar a sua prestação durante longo período sem que nunca precise da contraprestação da empresa contratada.. Martins (2010) defende que não há uma alea envolvida e sim um termo para ocorrência do fato gerador. Deste modo, a incerteza estaria restrita, tão somente, ao quando, de modo que o fato, mais cedo ou mais tarde ocorrerá. Com o devido respeito à autora, caso estejamos diante de contrato de seguro limitados no tempo, teremos sim uma condição, visto que a morte poderá ocorrer em período superveniente à vigência do contrato.

[2] Dizemos que a regra é paradoxal, pois estritamente unilateral e violadora do princípio da isonomia, uma vez que apenas os usuários privados terão um prazo máximo de atendimento, ao passo que os usuários públicos permanecerão à margem do texto constitucional, pois não poderão usar esse mesmo fundamento no serviço público.

para prestar o serviço necessário ao caso em concreto. O art. 3º da norma é categórico ao definir que o atendimento que deva ser garantido seja genérico, ou seja, sem individualização profissional ao dispor que a “ operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos...”.

Como forma de elucidar os prazos previstos, apresenta-se a tabela abaixo para elucidar os prazos máximos para atendimentos médicos, de acordo com as normas da ANS:

Tabela 01 - Prazo máximo para disponibilização de atendimento médico pelos planos de saúde

Especialidade	**Prazo Máximo**
Consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia	até 7 (sete) dias úteis;
Consulta nas demais especialidades médicas	até 14 (quatorze) dias úteis;
Procedimentos de alta complexidade – PAC	Até 21 dias úteis
Atendimento em regime de hospital-dia	Até 10 dias úteis
Atendimento em regime de internação eletiva	até 21 (vinte e um) dias úteis
Urgência e emergência	Imediato

Fonte: MASCARENHAS; GODINHO, 2016

Como bem ressaltado pela própria ANS, os “prazos valem para atendimento por um dos profissionais ou estabelecimentos de saúde da rede conveniada ao plano, na especialidade necessária, e não para atendimento por um profissional ou estabelecimento específico de preferência do consumidor.” Tal medida visa proteger os Planos de Saúde que seriam penalizados por uma procura excessiva por um profissional com renome no mercado, ao passo que um iniciante, ainda que extremamente capacitado, poderia vir a ser renegado.

Feitas tais considerações, é importante destacar que a obrigação do Plano de Saúde é de, tão somente, disponibilizar profissionais para o atendimento médico. A empresa serve como uma intermediária na relação firmada entre o médico e o seu paciente.

O que se questiona no contexto da relação médico-paciente é a legalidade da cobrança da “taxa de disponibilidade obstétrica” cobrada por alguns profissionais que estão vinculados a operadoras de planos de saúde.

5. A VISÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOBRE O TEMA.

A taxa de disponibilidade obstétrica é o valor cobrado por profissionais médicos para acompanhar uma paciente no momento do parto. A posição do CFM sobre o tema é de que a cobrança é legítima se o paciente estiver devidamente advertido desde a primeira consulta. O parecer CFM nº 39/2012 prevê que não é ilegal ou antiético que o médico cobre pelo acompanhamento presencial do trabalho de parto, desde que o obstetra não esteja de plantão e que este procedimento seja acordado com a gestante na primeira consulta. Tal previsão busca guardar um equilíbrio contratual na relação médico-paciente. Ora, se o médico já está de plantão, ou seja, sendo remunerado para tanto, não é razoável que receba em duplicidade, pois caracterizaria um *bis in idem.*

Em paralelo, exige-se que seja assinado um "Termo de Consentimento Assistido" que representa a anuência do paciente para com a taxa a ser cobrada, de sorte que, caso ele não concorde ou não disponha de meios para arcar com a cobrança, possa buscar outro médico para acompanhar a evolução da gestação. É uma forma de garantir uma informação simétrica e recíproca no âmbito contratual, ou seja, garantir que haja uma isonomia de informações sobre todos os riscos e gastos que oneraram a relação.

O paciente deve, na primeira oportunidade possível, ter conhecimento do conteúdo do contrato fiduciário que está sendo firmado (NUNES, 2012). Logo, sob a perspectiva do CFM, trata-se de um direito subjetivo do médico cobrar ou não pelo acompanhamento do parto.

O parecer do CFM traz a distinção entre responsabilidade de assistência pré-natal e acompanhamento do parto, de sorte que deve ser destacado que não há um dever contratual entre o médico, plano de saúde e paciente de que o responsável pelo acompanhamento pré-natal seja o mesmo que promova o acompanhamento presencial do parto. Ainda que haja uma obrigação moral ou recomendação prudencial, o entendimento do CFM foi estritamente pragmático, no sentido de que não há norma legal ou ética que compile o profissional médico a realizar o procedimento.

6. A DISPONIBILIDADE OBSTÉTRICA SOB O PRISMA CONSUMERISTA

O Ministério Público do Espírito Santo ingressou com ação civil pública em desfavor da UNIMED Vitória defendendo que, em resumo, que a disponibilidade obstétrica era medida que violava o direito dos consumidores, pois trata-se de uma burla ao sistema remuneratório dos planos de saúde. Considerando que se trata de uma relação triangular (Plano – Paciente – Médico), o único onerado com a taxa de disponibilidade obstétrica seria o paciente/consumidor, pois o médico receberia um aumento de receita advindo da complementação por parte do paciente, ao passo que os planos manteriam uma base de médicos em suas carteiras, pois estes poderiam cobrar livremente por um complemento em desfavor dos pacientes, resolvendo o problema da baixa remuneração plano-médico.

Em face dessa situação, no ano de 2014, ingressou com a ACP requerendo o direito de definição do médico responsável pelo parto; o direito do exercício do referido direito sem a necessidade de pagamento de qualquer espécie de remuneração extra; que em caso de cobrança, tal ônus seja assumido pelo plano, devidamente acrescido de juros e correção; divulgação da decisão judicial que acolhesse o pleito autoral e dano moral coletivo no montante de R$100.000,00 (cem mil reais).

O referido processo ainda não teve sentença, uma vez que está na fase de instrução, todavia a 4ª Câmara Cível do TJES definiu em sede de agravo de instrumento, tombado sob o nº 0041573-93.2013.8.08.0024, que a pessoalidade no atendimento não poderia ser imposta, bem como não poderia ser exigida, sob liminar, que a UNIMED estornasse os valores pagos com taxa de disponibilidade obstétrica.

O TJES reconheceu, apesar de não o fazer de forma expressa, que a relação médico-paciente não pode ser influenciada pelo plano de saúde. O inciso IV do art. 7º da CF/88 prevê que o salário mínimo deve garantir necessidades vitais básicas como: "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". Logo, tais necessidades compõem um núcleo duro mínimo, o núcleo existencial necessário para a dignidade da pessoa humana.[3]

O médico, assim como qualquer cidadão, é destinatário de tais direitos. Caso o médico que acompanhasse a paciente tivesse a obrigação de promover o parto não programado, estar-se-ia diante de um vínculo inquebrável e que poderia violar a dignidade do médico, uma vez

[3] Karine da Silva Cordeiro (2012) destaca a dificuldade de conceituar o que é o "mínimo existencial" e, sobretudo, o quantitativo de cada direito fundamental é tido como essencial.

que seria forçado a renunciar a uma série de direitos como descanso, saúde mental e física, lazer, etc. A partir do momento em que a paciente ingressasse no consultório médico seria firmado um contrato "ad eternum" com obrigações excessivas para o profissional.

Imaginemos a situação de um médico que atende 15 pacientes por dia. Apesar de ser uma possibilidade remota, é possível que todas as pacientes entrem em trabalho de parto de forma seqüencial, ou seja, uma depois da outra. Em tais condições seria razoável que o médico prestasse auxílio a todas? Ou pior, imaginemos que o médico trabalha em um horário "comercial" entre às 8h e 18h. Se durante quinze dias as pacientes entrassem trabalho de parto às 2h, teria esse profissional condições físicas e psicológicas para efetuar tais partos? Pensamos que não.

O parto não programado não pode gerar um ônus excessivo para o médico que acompanha a paciente, uma vez que ele não tem condições de organizar sua agenda para esse acontecimento natural. Deste modo, é razoável que o médico seja remunerado pelo trabalho "extra" uma vez que estaria renunciando a um bem (lazer, descanso ou saúde) para prestar um serviço em favor de uma paciente.

Em Economia há um instituto denominado custo de oportunidade, que busca demonstrar a relação de "perda" causada pelo uso de um bem em detrimento de outro. No caso em discussão, quando houver direito à cobrança da taxa de acompanhamento / disponibilidade obstétrica, pensamos ser plenamente aplicável tal instituto no âmbito médico, pois o médico será remunerado pelo "custo de oportunidade" decorrente do não exercício de qualquer outra atividade para a qual ele estaria disponível se não estivesse realizando o acompanhamento presencial. Por outro lado, o "custo de oportunidade" para a sua presença quando o parto é programado ou quando o médico está de plantão já é ressarcido pelo Plano ou Hospital, de modo que uma nova cobrança representaria um enriquecimento sem causa. A impessoalidade do atendimento médico no âmbito dos planos de saúde representa a falta do dever do médico de acompanhar, obrigatoriamente, o parto não programado.

O art. 66 do CEM dispõe que é vedado ao médico praticar dupla cobrança por um único ato realizado. Logo, uma vez tendo recebido do plano, o profissional não pode cobrar o consumidor. Todavia, a mesma norma permite que seja formalizada a complementação dos honorários médicos desde que haja previsão no contrato. Logo, percebemos que para discutir a legalidade da cobrança há a exigência de dois parâmetros: previsibilidade e informação.

Como bem destaca Timi (2016), o médico é vedado por norma do Conselho Fiscalizador a promover a dupla cobrança ou de deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado do procedimento, todavia, é possível que, considerando as situações fáticas envolvendo o atendimento, este notifique o paciente sobre a existência de um dever de complementação dos honorários médicos em relação a custos não cobertos/remunerados pelo plano. Desta forma, trata-se de uma complementação privada que totalizará os 100% dos custos de atendimento, custos estes que serão "remunerados" pelo paciente e pelo plano de saúde. A restrição à cobrança é em relação a qualquer valor que ultrapasse os 100% dos custos de atendimento, pois estaria configurada uma cobrança superior ao orçado.

5.1 AS CESARIANAS E A PREVISIBILIDADE

Conforme dados disponibilizados pela ANS[4] e OMS, o Brasil, no ano de 2013, alcançou o numero de cesáreas alcançou o percentual de 84,5%[5] em relação ao número total no âmbito dos planos de saúde e, no ano de 2014, alcançou a liderança de cesarianas no mundo e resultou em verdadeira epidemia de cirurgias desnecessárias, acarretando riscos dispensáveis.

O número excessivo de cirurgias cesarianas decorre de uma adequação promovida pelos especialistas em detrimento do curso normal da vida. Via de regra, a gestante não tem os dados necessários para exercer o seu direito de escolha e os especialistas dão preferência às cesarianas como forma de encaixar o parto em sua agenda profissional e pessoal, já que a duração de um parto normal costuma ser bem maior.

Caso a cesariana seja uma mera conveniência do médico e não uma necessidade médica, entendemos que a cobrança da taxa é ilegal além de condenável, uma vez que os interesses do profissional se sobrepõem ao interesse da paciente. Ora se o médico já pode adaptar o parto à sua agenda, não há motivo para uma nova cobrança, pois já será remunerado pela operadora do plano de saúde. Se a cesárea for recomendável e tiver sido agendada, de

[4] Dados disponibilizados em http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/taxas-de-partos-cesareos-por-operadora-de-plano-de-saude. Acesso em junho de 2015.

[5] De acordo com a OMS, a relação entre parto cesáreas e totais deveria oscilar entre 10 e 15%.

igual forma não poderá haver a cobrança. As únicas situações autorizadoras do pagamento da taxa de disponibilidade obstétrica serão nos partos normais, portanto não agendados, e nas cesarianas não programadas.

Ratificando a natureza antiética e condenável da cesárea desnecessária, o art. 40 do CEM dispõe que é vedado ao médico:

> Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Superada as situações em que seria legítima a cobrança da taxa, passemos à análise da condição essencial: a informação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cobrança por disponibilidade obstétrica é uma faculdade do médico desde que ele comunique previamente à paciente que exige o pagamento da taxa para permanecer de sobreaviso. Apesar de concordarmos com o mérito da decisão do parecer CFM nº 39/2012, entendemos que a interpretação da norma deve ser de forma teleológica, ou seja, a cobrança só é legítima quando houver, de fato, o sobreaviso.

A cesariana desnecessária viola o princípio da mínima intervenção do Biodireito, ou seja, o uso da medicina deve ser composto apenas por medidas necessárias e minimamente interventivas. Deste modo, caso o médico coloque os seus interesses, sobretudo econômicos, em um patamar acima dos interesses dos da paciente estará cometendo um ilícito ético, civil e um ato de violência obstétrica, ao se aproveitar da condição de vulnerabilidade da gestante para cobrar uma taxa não advertida com antecedência. A cesariana ou parto por via alta, quando programada, não gera o direito à cobrança, pois o médico será remunerado pelo Plano de Saúde em razão da sua realização, de modo que a cobrança em duplicidade é ilícito ético e cível.

Trata-se de uma cobrança que só se legitima para casos de exigência de um profissional específico, quando a paciente for titular de plano de saúde. Em caso de contratação de profissional de forma particular, ou seja, sem a intermediação de plano de saúde, para atendimento pré natal, não há a obrigatoriedade de que o mesmo realize o

procedimento do parto, de modo que, na primeira oportunidade, deve a paciente ser informada acerca da distinção entre atendimento pré-natal e realização do parto.

Feitas tais considerações, a cobrança da taxa de disponibilidade obstétrica só se justifica em partos não programados e desde que a paciente seja advertida de tal cobrança. Trata-se de uma dupla exigência, pois, após um mesmo médico acompanhar toda a gestação, é pouco provável que a paciente deseje que outro médico, salvo em situações excepcionais, realize o parto.

O posicionamento do CFM resta acertado no que se refere a legalidade da cobrança, ressaltando as exceções previstas na própria norma e ainda fixando uma terceira: que o parto não seja programado. A cobrança pela disponibilidade obstétrica só pode ocorrer nos casos em que o médico não é remunerado pelo plano ou quando não há uma obrigatoriedade da sua presença no ambiente, de forma a garantir uma remuneração pelo tempo à disposição.

Ressalte-se que o médico não pode se aproveitar de uma situação de alta vulnerabilidade da paciente, uma gestante que irá, em muitos casos, concretizar um projeto de vida. O dever de comunicação representa um direito do consumidor que garante que ele esteja devidamente esclarecido para promover a suas escolhas, sob pena de ser responsabilizado civil e administrativamente em razão de sua omissão qualificada. A falta de informação e posterior cobrança vitimiza a paciente e pode ensejar a penalização médica em razão de violação ao art. 40 do CEM que dispõe que é vedado ao médico obter vantagem em razão da relação médico-paciente. Neste contexto, apenas a comunicação e imprevisibilidade são justas causas para o pagamento da taxa de disponibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico.** Rio de Janeiro: GZ, 2014.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica.** Rio de Janeiro: GZ, 2011.

FONSECA, Pedro H. C. **Manual da responsabilidade civil do médico.** Belo Horizonte: D`Plácido, 2014.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos. In: PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil Comentado:** Doutrina e Jurisprudência. Barueri: Manole, 2011.

GONÇALVES, Eduardo Chiari. **A atividade médica e o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3229>. Acesso em 02 de junho de 2015.

GOZZO, Débora. Transparência, informação e a relação médico-paciente. In: GOZZO, Débora (org.). **Informação e Direitos Fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75-90.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. **O seguro de vida enquanto tipo contratual legal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no âmbito do Direito Médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 159-192, 2016.

MENEZES, Bruno Seligman de. **Direito Penal Médico: Crimes culposos em práticas consentidas.** Porto Alegre: Edipucrs, 2014.

QUEIROZ, José Luiz de. **Comutatividade do contrato de seguro.** 2007. 291f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e boa-fé objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos.** Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. **Doença preexistente nos planos de saúde.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (org.). **Informação e Direitos Fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57-74

TIMI, Jorge Rufino Ribas. Parto: Como harmonizar a Ciência e a Ética?. **Arquivos do CRM-PR**, v. 33, n. 129, 2016.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia:** Princípios Básicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.