



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E PLANOS DE SAÚDE PELO USO ABUSIVO
DO CTI EM IDOSOS

José Carlos Vidinha Conceição

Rio de Janeiro
2016

JOSÉ CARLOS VIDINHA CONCEIÇÃO

RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E PLANOS DE SAÚDE PELO USO ABUSIVO
DO CTI EM IDOSOS

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Flávia Zebulum

Néli Luíza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro

2016

A RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E PLANOS DE SAÚDE PELO USO ABUSIVO DO CTI EM IDOSOS

José Carlos Vidinha Conceição

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo - O Sistema Público de Saúde funciona precariamente, o que induz o cidadão a contratar um plano particular de saúde. Porém, o CTI é o ambiente hospitalar que deve ser utilizado como último recurso, pois é o que oferece maior risco de contaminação. Por isso, o uso do CTI deve ser evitado. Contudo, pelo interesse financeiro dos hospitais credenciados e conveniência dos óbitos de idosos para os planos de saúde, os direitos consumeristas e constitucionais dos idosos estão sendo violados. Faz-se necessária uma abordagem mais rígida na responsabilização pelos danos causados.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Direito do Idoso. Direitos Constitucionais à vida e à saúde.

Sumário - Introdução. 1. A imprescindibilidade do Sistema de Saúde Suplementar diante da precariedade da Saúde Pública. 2. A obrigação de evitar o alto risco de contaminação e o óbito durante a internação do consumidor idoso em CTI contra o interesse financeiro das prestadoras e operadoras de saúde. 3. As práticas abusivas que violam os princípios e dispositivos do CDC, do Estatuto do Idoso, e da Constituição Federal. 4. A necessidade de alteração no trato da Responsabilização pelos Danos Causados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica objetiva questionar a necessidade de implementar na legislação alterações que possibilitem coibir e evitar as práticas abusivas dos hospitais e planos de saúde contra o consumidor idoso. Principalmente, na utilização indiscriminada e desnecessária do CTI, em detrimento dos direitos protegidos pelo Código do Consumidor, e, inclusive, dos direitos fundamentais à saúde e à vida, protegidos pela Constituição Federal.

Apesar da saúde ser obrigação do Estado e direito de todos, o sistema público de saúde está precário. Diante desta situação de incerteza, o cidadão recorre aos planos privados de assistência à saúde, a única alternativa, a princípio, viável de acesso ao cuidado da saúde. A pessoa idosa, devido à fragilidade imunológica causada pelo envelhecimento, adoece mais facilmente e com mais frequência. E é exatamente por isso que este tipo de consumidor busca, de boa-fé, a contratação do plano de saúde.

Como o valor da mensalidade dos planos de saúde é calculado em função da cobertura contratada e da probabilidade de uso, resta aos idosos aceitar e pagar os altos valores impostos. Porém, o atendimento ao associado é executado pela rede prestadora, que

firmaram contrato com o plano para esta finalidade, pactuando, uma tabela de valores, os quais são custeados pelos associados.

Os valores pagos pelos procedimentos hospitalares são altos, especialmente a internação em CTI, sem que haja fiscalização da necessidade, nem da qualidade do serviço executado. Isso facilita a utilização do CTI indiscriminada e desnecessariamente em pacientes idosos pela conveniência financeira dos prestadores, porém, o CTI deve ser utilizado como último recurso, principalmente no idoso, pelo maior risco de contaminação e óbito. Essa situação interessa aos planos de saúde, pois é o tipo de paciente dos quais querem se descartar, pela alta demanda, subvertendo a execução e o objeto do contrato de assistência à saúde e proteção à vida do consumidor.

Primeiramente, objetiva-se comprovar que o Sistema Único de Saúde não proporciona aos cidadãos acesso aos serviços de saúde, de modo que não necessitem contratar os planos de saúde para garantir a plenitude dos seus direitos à vida e à saúde.

No segundo capítulo, objetiva-se demonstrar que a internação dos idosos em CTI deve ser evitada, em respeito à ética profissional imposta através das obrigações legais e contratuais de boa-fé e de precaução, de rechaçar riscos desnecessários. Que, como ficam mais suscetíveis às infecções hospitalares durante a internação, principalmente no CTI, a longa permanência dos idosos nas internações, e os procedimentos invasivos acabam prejudicando a recuperação do paciente.

No terceiro capítulo, objetiva-se demonstrar que o uso abusivo do CTI ultrapassa a violação das obrigações contratuais, violando os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da precaução, inclusive dos direitos constitucionais à vida e à saúde.

Por fim, defende-se a implementação de um cadastro nacional junto à Anvisa das instituições de assistência à saúde contumazes na prática abusiva contra o consumidor, além da criação de uma infração penal específica no Código do Consumidor.

A pesquisa seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

1. A IMPRESCINDIBILIDADE DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR DIANTE DA PRECARIIDADE DA SAÚDE PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil¹ de 1988 foi a primeira carta constitucional a tratar da saúde, conforme explica Mendes². Nos capítulos I e II do seu título II, a Constituição Federal institui os direitos e garantias fundamentais, sendo direito de todos residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, caput do artigo 5º. A inviolabilidade do direito à vida tem uma ampla interpretação, não somente quanto à segurança contra a violência, mas também quanto à proteção à saúde, uma vez que a vida e a saúde são diretamente vinculadas.

Estabelece, inclusive, o direito social à saúde no artigo 6º. Estabelece, ainda, no artigo 7º, inciso IV, para todos os trabalhadores, o direito à salário mínimo capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e de sua família, dentre essas, a saúde.

Dispõe também, no seu título III, sobre a organização do estado, sendo que no artigo 23, inciso II, atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios a obrigação comum de cuidar da saúde e assistência pública. Atribui, inclusive, aos Municípios, inciso VII do artigo 30, a obrigação de prestação de serviços de atendimento à saúde da população, amparado pela cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Em seu título VIII, dispõe sobre a ordem social, estabelecendo em seu artigo 196 a saúde como direito de todos e dever do Estado. Através do artigo 197, determina a relevância pública das ações e serviços de saúde, sendo o Poder Público responsável pelas suas regulamentação, fiscalização, controle e execução direta ou indireta. O Sistema Único de Saúde, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada, é instituído através do seu artigo 198; estabelecendo também, as suas atribuições, dentre elas, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, no seu artigo 200.

Diante de todo esse amparo constitucional, fica patente a obrigação do Estado de garantir aos cidadãos acesso universal e igualitário às ações e serviços de proteção e recuperação da saúde. Para tal foi instituído o Sistema Único de Saúde, que, através de ações coordenadas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, deverá prover o fornecimento da infraestrutura necessária ao atendimento integral a todos os cidadãos. Essa

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2016, p. 2 - 13.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 588.

proteção ao cidadão foi instituída para atender o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, conforme explica Barroso³:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência.

Esse princípio objetiva garantir a todos os cidadãos o mínimo existencial, pois todos têm direitos fundamentais à sua existência física e moral, que lhes proporcionem condições para o exercício de todos os atos da esfera privada e pública. Porém o que significa o Sistema Único de Saúde prover o fornecimento da infraestrutura necessária? Para prover essa infraestrutura, faz-se necessário prover a instalação, funcionamento e manutenção de todo o sistema de saúde.

Como explica Mendes⁴, o financiamento do SUS é descentralizado, objetivando facilitar e preservar os aspectos de cada região, conforme § 1º do art. 198 da Constituição Federal⁵. Inclusive, o artigo 55 do ADCT estabelece que seja destinado à saúde um mínimo de 30 por cento do orçamento da seguridade social, até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias.

Mas a Lei Complementar⁶ n. 141/2012 é que regulamenta os valores mínimos a serem aplicados na saúde, estabelecendo parâmetros à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios. Os recursos disponibilizados pela União são repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às unidades de orçamento do Ministério da Saúde.

O rateio dos recursos da União são transferidos aos fundos de saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como o rateio dos recursos dos Estados são transferidos aos Municípios. Sendo o critério de rateio, as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial, bem como a capacidade de oferta de ações e serviços de saúde, visando sempre reduzir as desigualdades regionais.

Prover os hospitais, postos de saúde, todas as formas de atendimento que proporcionem ao cidadão, atendimento emergencial, internação hospitalar, atendimento

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 288.

⁴ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 591 - 593.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2016, p. 149 - 151.

⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ambulatorial, realização de exames, e fornecimento de tratamento e medicamentos. Faz-se necessário então, providenciar as instalações adequadas, com todos os equipamentos básicos inerentes a cada setor: atendimento de triagem, ambulatórios, atendimento de emergência, centro cirúrgico, laboratório, raio x, e leitos para internação. A instalação e manutenção de todos esses equipamentos, somada à contratação de mão-de-obra, atendentes, técnicos de enfermagem, enfermeiros, e médicos, e custa muito caro, dada a especificidade e responsabilidade do serviço que prestam.

Mas, um hospital público, uma unidade de pronto atendimento, ou um posto de saúde tem um limite de atendimento, restrito à capacidade produtiva da sua estrutura. Para cumprir o estatuído na Constituição Federal. Se amplia-se o atendimento à demanda de um município, esse custo se eleva muito. Para atender a demanda de um estado, muito mais. E para atender a demanda nacional, o custo fica enorme.

Para custear toda essa estrutura, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 194, caput, que a seguridade social se destina a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social. Sendo que o parágrafo único que o Poder Público deverá organizar a seguridade social com base em sete objetivos, dentre os quais, a equidade na forma de participação no custeio, e diversidade da base de financiamento. Ou seja, o Poder Público deverá organizar a seguridade social, de forma que o Sistema Único de Saúde possa obter recursos para cumprir a determinação do mandamento constitucional, e assim, seja prestado o serviço público de saúde.

Segundo relatório do Portal do Orçamento do Senado Federal⁷, os valores aprovados na Lei Orçamentaria Anual para 2014, relativa ao SUS, foi de R\$ 84.063.537.774,00, sendo que o Projeto de Lei Orçamentária de 2015, a ser aprovada, ficou em R\$ 86.479.805.817,00. Porém, com o agravamento da crise econômica em 2014, 2015 e 2016, que gerou muito desemprego, e conseqüentemente a desaceleração da economia, houve uma significativa redução na arrecadação da União, dos Estados e dos Municípios.

A conseqüência dessa situação vem se espelhando ao longo dos anos, conforme afirmou o Diretor do Sinmed-RJ, Sindicato dos médicos do Rio de Janeiro, José Antônio Alexandre Romano, em entrevista concedida em 07/03/2015, ao Jornal do Brasil⁸. Ele declarou que: “[...]a falta de médicos é uma constante. Aumenta o número de prédios e

⁷ BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.12senado.gov.br/orcamento.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

⁸ JORNAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2015/03/07/diretordosinmedrjdanotazeroparasaudepUBLICANOMUNICIPIO/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

aparelhos e faltam milhares de profissionais na rede, levando a população a uma *via crúcis* diária para conseguir um simples atendimento médico[...].”

Ele declarou também: “A política de privatização da saúde através das Organizações Sociais é a principal causa desta falência. As Coordenações de Emergência Regional (CER), que custam mais que os hospitais, são escândalos que clamam aos céus”, criticou Romano. E prosseguiu: “O que temos no Rio é uma cultura da morte na saúde pública em detrimento à vida, que é a maior preocupação dos profissionais de saúde. A Prefeitura do Rio merece nota zero em Saúde Pública”.

Em reportagem de 23/12/2015, o Jornal o Dia⁹ grifa: “[...]sistema de saúde no Rio vive a pior crise de sua história - Um dia após a paralisação do Hospital da Mulher, o Hospital Getúlio Vargas informou que apenas pacientes com risco de morte seriam atendidos[...].”

Em matéria, de 06/01/2016, intitulada: “A falência da saúde pública no Brasil!!! Quem recebeu saneada vem sucateando”, Caio Hostílio¹⁰ denuncia a má administração dos Governos Estaduais.

Ele declara: “[...]Os gestores estaduais que assumiram a partir de 01/01/2014 conseguiram piorar a situação dos serviços de saúde públicas nos seus respectivos estados[...].” Segundo ele, “o governo atual do Distrito Federal, por exemplo, recebeu o serviço de saúde pública na UTI, porém conseguiu nesse primeiro ano de governo, desligar os aparelhos, mesmo recebendo todos os repasses”.

E continua: “[...]os moradores da Capital Federal vivem uma situação de horror, haja vista que faltam médicos, faltam medicamentos, faltam aparelhos e equipamentos. Não adianta buscar unidades de saúde, visto que o atendimento é recusado[...].” Ele coloca ainda: “[...]A falta de atendimento virou uma rotina nos hospitais estaduais, cuja falta de médicos, falta de medicamentos e a falta de pagamento dos salários dos profissionais é o reflexo da falta de repasses pelo governo federal[...].”

Pelo conteúdo dessas reportagens e declarações, constata-se a situação de caos instalada na saúde público do Brasil, a qualquer nível, Federal, Estadual e Municipal. O cidadão, não consegue exercer o seu direito à saúde garantido na Constituição Federal.

Diante dessa lamentável situação, inevitavelmente, as pessoas, para terem acesso à saúde, se vêm obrigadas a contratar um plano de saúde particular, principalmente, as que mais precisam, as idosas.

⁹ JORNAL O DIA. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/riodejaneiro/20151223/emcolapsosistemade-saudenorioviveapiorcrisedesuahistoria.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

¹⁰ HOSTÍLIO, Caio. Disponível em : <<http://caiohostilio.com/2016/01/06/afalenciadasaudepublica-nobrasilquemrecebeusaneadavemsucateando/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

2. A OBRIGAÇÃO DE EVITAR O ALTO RISCO DE CONTAMINAÇÃO E O ÓBITO DURANTE A INTERNAÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO EM CTI VERSUS O INTERESSE FINANCEIRO DAS PRESTADORAS E OPERADORAS DE SAÚDE

O idoso, devido às alterações que o envelhecimento causa no sistema imunológico, tem uma piora no funcionamento do seu organismo, assim como também fica mais exposto às infecções, esse processo é chamado pelos especialistas de imunossenescência. Agondi¹¹ explica a imunossenescência em artigo médico-científico publicado pela Associação Brasileira de Alergia e Imunopatologia em 2012:

Nos idosos, muitas alterações na imunidade, têm sido descritas. Essas alterações são geralmente consideradas como uma deterioração da imunidade, que é denominada imunossenescência. Este processo é caracterizado por um estado inflamatório crônico (*inflamm-aging*). A imunossenescência é responsável pelo aumento da suscetibilidade a doenças infecciosas, e pela origem dos mecanismos biológicos responsáveis pelas doenças inflamatórias relacionadas à idade. Uma melhor compreensão da imunossenescência e o desenvolvimento de novas estratégias para combatê-la são essenciais, não apenas com o objetivo de rejuvenescimento, mas o mais importante, com o objetivo de prolongar a vida saudável pela prevenção de doenças infecciosas e, assim, melhorar a qualidade de vida nos últimos anos.

De acordo com que expõe o texto acima, pode-se afirmar que a imunossenescência é o fator mais importante a ser considerado em um paciente idoso, pois ele é determinante em todas as condutas de tratamento a serem adotadas pela equipe médica. Isso porque a imunossenescência, além de pré-dispor o paciente a doenças, quando essas se manifestam, piora ainda mais a imunidade do paciente, tornando-o hipervulnerabilizado.

Daí a necessidade da adoção de uma conduta que priorize a precaução no tratamento a ser adotado pela equipe médica, uma vez que se trata de um paciente com imunidade extremamente fragilizada. E Agondi¹², destaca ainda:

É importante considerar que todo indivíduo acima de 60 anos tem seu sistema imunológico sob suspeita e deve ser tratado de modo a minimizar as intervenções

¹¹ AGONDI, Rosana C. *et al.* Imunossenescência. *Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia*. Disponível em: <<http://www.sbai.org.br/revistas/vol355/Imunossenescencia.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

¹² *Ibid.*

que possam comprometer ainda mais as funções efetoras/reguladoras da resposta imune.

Ou seja, todo indivíduo a partir dos 60 anos, tem o seu sistema imunológico em processo de progressiva deterioração, quanto mais velho o indivíduo, mais deteriorado será o seu sistema imunológico. Em virtude disso, todas as pessoas que atuam na saúde, sejam aqueles que operam ou prestam serviços relacionados aos planos de saúde, devem ter como objetivo principal evitar as intervenções que possam comprometer ainda mais o sistema imunológico.

Outro artigo médico-científico da Dra. Mota¹³, publicado na Revista Brasileira de Medicina em Junho de 2010, Moreira Jr. Editora, discorre sobre a repercussão da imunossenescência sobre a população mundial e nacional, conforme abaixo:

Os avanços científicos e tecnológicos na área da saúde, nos últimos anos, contribuíram para o aumento da expectativa de vida da população mundial. (...) De acordo com o IBGE, no início do século XX, no Brasil, 96,7% da população tinha menos de 59 anos de idade. Os idosos correspondiam, nessa época, a apenas 3,3% dos habitantes do país. Atualmente, já são 15,8 milhões os brasileiros cuja idade é igual ou superior a 60 anos, o que corresponde a 9% da população do país. Estima-se que em 2020 esse número superará os 25 milhões.

Esse fenômeno se deve ao desenvolvimento da ciência, que ganhou força no século XX, e proporcionou, gradativamente, um aumento significativo da expectativa de vida média na população mundial. Logicamente, nos países em desenvolvimento, como o Brasil, houve um aumento maior da população idosa, dada a condição social da população a 40 anos atrás em comparação com a qualidade de vida dos países desenvolvidos. Em 2010 a população idosa brasileira já ultrapassava os 15 milhões de pessoas, ou seja, mais de 15 milhões portadores de imunossenescência, que, se ficassem doentes, necessitariam de um atendimento focado na proteção do sistema imunológico.

E o artigo de Mota¹⁴ conclui, conforme a seguir:

Com o aumento acentuado da população idosa nos próximos anos, além das alterações no sistema imune, outras doenças tornar-se-ão mais frequentes, tais como neoplasias e doenças cardiovasculares. As alterações relacionadas à idade no sistema imunológico não foram realmente um problema, enquanto a média de duração da vida humana foi de aproximadamente 40 anos. Com os avanços nas ciências médicas e o melhor conhecimento na área de nutrição, aumentaram a

¹³ MOTA, Sâmia Macedo Queiroz *et al.* Imunossenescência: alterações imunológicas no idoso. *Revista Brasileira de Medicina*, São Paulo, SP, v. 67, n. 6, 2010. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=4323>. Acesso em: 25 jul. 2016.

¹⁴ *Ibid.*

expectativa de vida. Dessa forma, a melhor compreensão do envelhecimento imunológico é um passo necessário no sentido de identificar formas de ajudar e tratar as causas subjacentes da imunossenescência e restaurar a função imunológica adequadamente.

A conclusão final que esse artigo nos apresenta, justamente, visa a alardear que com o aumento da expectativa de vida, é fundamental que todo o sistema de saúde, público e privado, trabalhar focado na imunossenescência. Seja na esfera administrativa ou técnico-científica, deve-se ter como prioridade, ao lidar com os pacientes idosos, a adoção de uma política que objetive o tratamento reparador, evitando ao máximo esse paciente seja exposto à contaminação.

Em artigo científico sobre infecção hospitalar em idosos, de autoria da Dra. Izaías¹⁵, publicado pela Universidade Estadual de Londrina, fica constatada a situação de risco do paciente idoso durante a internação, conforme abaixo:

A hospitalização é considerada um risco para as pessoas idosas, por serem mais suscetíveis a infecções hospitalares causadas, muitas vezes, pelo repouso prolongado no leito durante o período de internação.

Infecção hospitalar (IH) é toda aquela adquirida durante a internação, normalmente provocada pela microbiota bacteriana humana que, em decorrência da doença, dos procedimentos invasivos e do contato com a microbiota hospitalar, se desequilibra com os mecanismos de defesa do organismo.

Trata-se de uma situação de alto risco, porque a imunossenescência pré-dispõe o idoso a infecções, e justamente, por se encontrar internado em um hospital, o paciente fica exposto às infecções por bactérias mais agressivas, tipicamente hospitalares. Essas bactérias são mais resistentes aos tratamentos, e por isso mesmo, são mais difíceis de eliminar, assim como geram processos infecciosos que progridem mais rapidamente, podendo levar o paciente mais facilmente ao óbito:

Um estudo brasileiro avaliou 332 pacientes em um hospital universitário, dentre os quais 61 (18,6%) apresentaram infecção hospitalar. A taxa geral de mortalidade dos pacientes avaliados foi de 9,8%; já a dos pacientes que tiveram óbito relacionado à infecção hospitalar foi de 22,3%⁶. A população acometida com infecção hospitalar apresenta mortalidade maior. Entre os fatores de risco para infecção hospitalar em idosos destacam-se: a presença de comorbidades; neoplasias; neutropenia; a utilização prévia de antimicrobianos; a estadia em unidade de terapia intensiva; a entubação traqueal por mais de 24 horas; a internação prolongada ou a transferência para outro hospital. Infecções do trato urinário, pneumonias, infecções do sítio cirúrgico e sepsis são as principais manifestações de infecção hospitalar em idosos.

¹⁵ IZAÍAS, Érika Maria *et al.* Custo e caracterização de infecção hospitalar em pacientes idosos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cscv19n81413-8123-csc-19-08-03395.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

Os pacientes acometidos de infecções hospitalares apresentaram mais que o dobro de óbitos ocorridos com os pacientes não-acometidos. Durante a internação, não somente a associação da imunossenescência à doença que o paciente está tratando o expõe à infecção hospitalar, outros fatores irão contribuir para que essas infecções mais graves se instalem no seu organismo hiperfragilizado. A internação em CTI oferece um alto risco de contaminação, uma vez que é o ambiente de maior contaminação. E justamente no CTI, o paciente é submetido a vários procedimentos invasivos, inclusive a entubação traqueal, que dificilmente se limita a 1 dia.

Todos esses procedimentos têm um alto custo, e para evitar que o paciente adquira outras infecções, é necessário um investimento específico no controle de infecções hospitalares:

[...]Os custos indiretos ou preventivos correspondem aos investimentos a fim de evitar, reduzir e controlar as infecções hospitalares. Dessa forma, demandam a implantação e a manutenção de um serviço específico como a Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH), onde estão implícitos gastos com área física e salário de profissionais capacitados para desenvolver tais ações.

Há ainda que se ressaltar os custos imensuráveis ou intangíveis, que são a dor e o sofrimento do paciente e de sua família, que afetam a qualidade de vida; pois podem originar a inatividade de algum membro, a perda funcional de um órgão ou, até mesmo, a morte relacionada à infecção hospitalar[...].

Como enfatiza o texto acima, a internação do idoso é uma situação de alto risco, que afeta não somente à sua família, a qual é obrigada a acompanhar todo esse calvário, mas principalmente, o paciente. A internação hospitalar do idoso é uma conduta que deve ser evitada ao máximo, pelo fato de que pode desdobrar em algum dano funcional, perda de algum órgão, inclusive a morte do paciente idoso, devido às infecções hospitalares.

Consequentemente, para que se recupere o paciente idoso, faz-se necessária a adoção de diversos procedimentos, os quais são de alto custo para o hospital.

Realizou-se um estudo em pacientes com infecção hospitalar na Unidade de Terapia Intensiva do Hospital São Paulo, em 2002, no qual os autores levantaram dados significantes quanto aos dias de internação de pacientes infectados e não infectados e seus custos; houve um acréscimo de 26 dias de permanência na unidade devido às infecções e isso elevou o custo em valor superior a US\$ 11 mil por paciente.

Os custos com infecções hospitalares subdividem-se em diretos, indiretos ou preventivos e imensuráveis ou intangíveis. Os primeiros representam as despesas com o diagnóstico, que envolve realização de exames e com o tratamento do paciente infectado que abrange medicamentos, diárias adicionais, medidas para precauções e outros exames.

Na rede de saúde pública, onde o Estado arca com todos os custos, trabalha-se com orçamento prévio e limitado, para ele existe o duplo interesse de evitar a internação do idoso, tanto pelas consequências ao paciente, como pela questão financeira. Porém, quando o idoso é internado em um hospital da rede credenciada ao seu plano, ocorre uma inversão. Apesar das consequências para o paciente serem as mesmas, o hospital da rede credenciada é uma instituição particular. Como toda instituição particular, auferir os seus rendimentos adicionando a esses altos custos, a remuneração pelos serviços prestados, situação bastante favorável aos seus interesses financeiros, porém quem paga essa conta é o fundo mutuário do plano de saúde.

E é exatamente nesse momento que os prestadores de saúde têm que zelar pela ética profissional, evitando impingir ao paciente idoso procedimentos desnecessários, com o único intuito de gerar lucro ao hospital. Tanto os prestadores como as operadoras de planos de saúde devem basear suas condutas nas obrigações legais de respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, e da segurança, na execução dos contratos. Porém, esta conduta absurdamente abusiva, está sendo adotada por diversos hospitais e clínicas, na execução dos contratos de serviço de saúde, em detrimento do objeto do contrato, a saúde e a vida humana.

Cabe ressaltar ainda que esta conduta abusiva também atinge outro bem do consumidor vinculado ao contrato de plano saúde, o fundo mútuo, formado pela contribuição de todos os associados, e que é desfalcado pelo pagamento de procedimentos desnecessários. Ocorre que as operadoras são responsáveis pela administração do fundo mútuo, logo, também devem zelar pelo cumprimento das obrigações legais e contratuais inerentes ao contrato de assistência à saúde.

3. AS PRÁTICAS ABUSIVAS QUE VIOLAM OS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS DO CDC, DO ESTATUTO DO IDOSO, E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No exato momento em que se precisa de uma internação, situação de alto risco para o paciente, podem ocorrer os abusos, especialmente no CTI, conforme expõe Cavalieri¹⁶:

As infecções continuam sendo um grande problema. De acordo com o relatório da OMS, divulgado em 21/7/2011, de cada cem pessoas hospitalizadas, sete nos países desenvolvidos e dez nos em desenvolvimento, contrairão pelo menos uma infecção associada ao ambiente hospitalar. E, quanto mais tempo o paciente ficar em um centro de terapia intensiva, maior é esse risco. [...]

O alto risco da internações hospitalares é um entendimento pacificado não só no meio médico-científico, como inclusive no meio jurídico. Não existe dúvida alguma da gravidade de uma internação hospitalar, principalmente em CTI.

E a responsabilidade dos hospitais é regulada pelo Código do Consumidor, uma vez que se enquadra no conceito de fornecedor de serviços, sendo a sua responsabilidade objetiva, pelos danos causados, conforme lembra Cavalieri¹⁷:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento, equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação, infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados. É o que o CDC chama de *fato do serviço*, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. O serviço é defeituoso, conforme dispõe o § 1º do art. 14 do CDC, quando, levando-se em consideração o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar - ônus seu - que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.419.

¹⁷ *Ibid.*, p.419.

teve por causa um defeito do serviço. Ou seja, os prestadores de serviços de saúde respondem pelos defeitos que ocorrerem na prestação de serviços.

Quando os serviços prestados não atenderem ao normalmente esperado, e causarem ao paciente algum dano, devem ser os prestadores responsabilizados, independentemente de culpa, exceto no caso de comprovação que não houve defeitos no serviço. Por esse motivo devem os prestadores de serviços de saúde zelar pela segurança e correto tratamento do paciente sob seus cuidados. Trata-se de relação consumerista, e como tal, exige o respeito aos direitos básicos estabelecidos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Esses direitos são intrinsecamente ligados ao contrato de assistência à saúde particular. A proteção da vida, saúde e segurança é, na realidade, o próprio objeto desse tipo de contrato. Logo deve ser fielmente executado através do fornecimento da informação adequada sobre os possíveis riscos, da proteção contra práticas abusivas na prestação dos serviços, visando a efetiva prevenção de danos.

Quando os prestadores de serviços desrespeitam esses direitos, impondo ao paciente hipervulnerável procedimentos desnecessários com o intuito de obter vantagem econômica, estão violando não somente os direitos do consumidor. Com essa conduta, estão também desrespeitando os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva, e da dignidade da pessoa humana. Tartuce¹⁸ explica que o princípio da função social do contrato objetiva adequar a visualização e interpretação do contrato, de modo que o mesmo seja cumprido de acordo com a condição, o contexto da sociedade. Explica também que princípio da boa-fé objetiva estabelece justamente o fiel cumprimento do acordado no contrato, de forma honesta, visando o equilíbrio da relação contratual.

Barroso¹⁹ esclarece que o princípio da dignidade da pessoa humana vem disposto na própria Constituição Federal, e declara que para uma pessoa viver com dignidade, faz-se necessária a existência de condições mínimas de sobrevivência, como acesso a trabalho, renda, saúde e respeito à vida.

Diante da dificuldade constatada no sistema de saúde pública, o sistema de saúde suplementar é fundamental para que os cidadãos possam exercer plenamente o seu direito à saúde e à vida. Porém, os prestadores de serviços de saúde devem agir com a boa-fé objetiva, com o intuito de cumprir a função social do contrato em todas as fases do contrato, principalmente, na execução do contrato.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil* – Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494 - 501.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 288.

4. A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO NO TRATO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELOS DANOS

Diante desse abuso que vem acontecendo contra o consumidor idoso na prestação dos contratos de assistência à saúde, quais seriam as medidas viáveis para coibir essas violações?

A fiscalização municipal é feita através da vigilância sanitária, e se limita às condições das instalações dos estabelecimentos médico-hospitalares. A fiscalização federal é realizada através da Anvisa, porém o seu programa de fiscalização, Rede Sentinela, visa somente a fiscalização dos produtos de saúde, tais como medicamentos e equipamentos.

Ou seja, não existe nenhum órgão fiscalizador das atividades médico-hospitalares, uma vez que os Conselhos de Medicina averiguam somente as reclamações que lhe são apresentadas.

Diante da gravidade dessa situação, faz-se mister a criação de uma nova infração penal no Código do Consumidor, especificamente para a conduta de “executar serviços de saúde, contrariando determinação de autoridade competente”. A necessidade de criar a tipificação dessa conduta se dá pelo fato do artigo²⁰ 65 restringir-se somente aos serviços de alta periculosidade.

A criação de um tipo penal se justifica, conforme afirma Casabona²¹, porque a culpa penal deve ser tipificada na lei, se não houver a exata definição da conduta, não se admite a sua aplicação. Já de serviços de saúde de serviços de saúde a culpa civil, que, constatado o dano, exige somente a sua reparação. Como afirma Kfoury²², os serviços de saúde têm diversos graus de periculosidade, e um procedimento, mínimo que seja, se erroneamente aplicado ao paciente, tem um potencial lesivo que pode ser extremamente danoso para a saúde do paciente, podendo ser até fatal. A ideia é prevenir, evitar que se pratique os procedimentos de forma diversa daquela aceita pela medicina, por mero interesse econômico.

²⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016, p. 14.

²¹ CASABONA apud KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 8. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

²² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 8. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

Segundo Hassemer²³, quando o Estado condena ao cumprimento de uma pena, ele não está somente combatendo a prática de um delito, ele está também garantindo a juridicidade, ou seja, a formalização do modo social de sancioná-lo. A formalização da Lei Penal visa estabelecer a vinculação com as normas, assim como limitar a intervenção jurídico-penal do Estado nos direitos individuais do cidadão. Os direitos individuais do cidadão não podem ser violados pelo Estado, mesmo que tenha praticado algum delito; o Estado somente pode punir sobre uma realidade concreta.

A prevenção geral positiva do delito exige legitimidade, que só é obtida através do respeito a esses limites individuais, para razoavelmente tornar válido o Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito. O que fundamenta a existência do instituto jurídico “pena”, ou seja, se a prevenção geral positiva estiver ajustada aos valores e princípios do Estado democrático de direito, ela justifica a sua função de impor um castigo ao delito cometido. Ou seja, a finalidade de proteção de bens jurídicos se coaduna com a finalidade de prevenção da pena, garantindo assim estabilidade ao indivíduo, e ao sistema normativo.

A expressão “contrariando determinação de autoridade competente” remete a toda e qualquer conduta que contrarie o que é realmente confiável segundo as determinações técnicas da medicina. Essas determinações podem ser um específico procedimento para uma determinada doença, como também a proibição da conduta antiética de realizar procedimentos desnecessários no paciente com o intuito de obter uma vantagem financeira.

Apesar de se tratar de uma infração penal formal, somente pode ser comprovada mediante perícia técnica, a ser realizada no processo. Embora possa parecer à princípio um exagero, a instituição desse tipo penal, para que se possa verdadeiramente proteger a saúde e a vida, se faz necessária diante do fato que esse abuso não raro. Mesmo porque, os estabelecimentos e profissionais que trabalham sem ética, o fazem para enriquecer rapidamente, tendo em vista que as indenizações que pagam na justiça são muito baixas, se comparadas ao ganho auferido com os procedimentos. Sendo que na maioria das vezes não se consegue comprovar o abuso, e eles permanecem impunes nos âmbitos civil, penal e profissional.

Dessa forma, para que não se desestime a atividade médica, a pena razoável seria “detenção de 1 a 2 anos e multa”. Isso porque possibilitaria a aplicação do rito previsto na Lei

²³ HASSEMER apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331 - 333.

nº 9.099²⁴ / 1995, bem como do benefício da suspensão do processo previsto no seu artigo 89. Sendo cabível também a aplicação dos benefícios previstos no artigo 44 do Código Penal²⁵, substituição por pena restritiva de direito, e no 77 do Código Penal, suspensão condicional da pena.

Diante do lucro auferido pelos estabelecimentos, é pertinente a inclusão das pessoas jurídicas como sujeitos ativos do tipo, estendendo a pena a seus administradores. Devendo constar no parágrafo primeiro, os seguintes termos: “sujeitam-se a este artigo o presidente, diretor, ou qualquer outro administrador da pessoa jurídica onde ocorrer a infração definida no caput deste artigo”.

Deve incluir também o parágrafo segundo, determinando: “todas as condenações judiciais transitadas em julgado nos termos do artigo 14, § 4º, bem como as condenações transitadas em julgado, nos termos deste artigo, devem ser comunicadas de ofício à Anvisa para registro em cadastro de acesso público”.

Devendo-se incluir ainda o parágrafo terceiro determinando que: “as penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte”. A inclusão desse parágrafo é fundamental para coibir a conduta dolosa ou ainda o dolo eventual.

Seria necessário ainda a criação de um cadastro, junto à Anvisa, daqueles estabelecimentos e profissionais que por cinco vezes foram condenados civilmente por comprovadas condutas culposas, bem como os condenados por essa nova infração penal. Embora possa parecer muito severa a medida, na verdade, ela é razoável para obrigar os estabelecimentos de saúde a adotarem uma conduta preventiva, visando um controle interno mais eficaz na execução dos seus serviços. Cabe ressaltar ainda que esse cadastro somente se refere aqueles estabelecimentos e profissionais que reiteradamente cometem abusos.

CONCLUSÃO

²⁴ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

Essa é uma temática delicada e polêmica, uma vez que coloca em questão o conflito existente entre os interesses e direitos do consumidor idoso e a conduta antiética de alguns profissionais e estabelecimentos prestadores de serviços de saúde.

Os profissionais e estabelecimentos da área da saúde precisam obter uma justa remuneração pelo seu específico serviço que prestam, o qual exige preparo e dedicação, porém, eles têm tanto a obrigação legal, como a contratual de fazê-lo imbuídos de exatidão, zelo e ética profissional, na mais absoluta boa-fé.

À ninguém é dado o direito de causar dano a outrem, ou seja, não se pode simplesmente alterar a função social na execução do contrato de prestação de serviços por mera conveniência econômica, em detrimento, justamente, dos objetos do contrato, que são a saúde e a vida. Principalmente, porque a função social desse tipo de contrato é a proteção e o cuidado desses, que são os bens mais valiosos para o ser humano. Essa situação infelizmente não é tão rara, uma vez que esses profissionais e estabelecimentos antiéticos existem, e não param de operar no mercado, principalmente, porque é muito difícil a comprovação da conduta dolosa através de perícia.

Por tudo isso, torna-se imprescindível a criação de um tipo penal específico dentro do código do consumidor, para que de alguma forma se possa evitar, ou pelo menos reduzir drasticamente essa desumana prática abusiva contra a vida.

REFERÊNCIAS

AGONDI, Rosana C. *et al.* Imunossenescência. *Revista Brasileira de Alergia e Imunopatologia*, São Paulo, SP, v. 35, n. 5, 2012. Disponível em: <<http://www.sbai.org.br/revistas/vol355/Imunossenescencia.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

_____. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 21 set. 2016.

CASABONA apud KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 8. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HASSEMER apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOSTÍLIO, Caio. Disponível em : <<http://caiohostilio.com/2016/01/06/afalenciadasaudepublicanobrasilquemrecebeusaneadavemsucateando/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

IZAÍAS, Érika Maria *et al.* Custo e caracterização de infecção hospitalar em pacientes idosos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cscv19n81413-8123-csc-19-08-03395.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

JORNAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2015/03/07/diretordosinmedrjdanotazeroparasaudepublicanomunicipio/>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

JORNAL O DIA. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/riodejaneiro/20151223/emcolapsosistemadesaudenorioviveapiorcrisedesuahistoria.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 8. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Sâmia Macedo Queiroz *et al.* Imunossenescência: alterações imunológicas no idoso. *Revista Brasileira de Medicina*, São Paulo, SP, v. 67, n. 6, 2010. Disponível em: <http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=4323>. Acesso em: 25 jul. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.