



E-BOOK ACADÊMICO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM

# DIREITO MÉDICO E ODONTOLÓGICO

3ª TURMA

**ANADEM**  
SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

**UCA**  
Universidade Corporativa Anadem

ANO 2022



# FORMANDOS

André Ricardo de Ávila Janjopi

Aurélio Conrado de Souza

Juliana Dutra Bredariol

Liander Michelin

Luana Vieira de Jesus Leocádio

Rodrigo Bredariol Achilles

Tatiane Michelin

Tammy Guimarães Resende Santos

Viviane Naiara Alves Frazão



# FICHA TÉCNICA

**Autoria**

Universidade Corporativa Anadem - UCA

**Coordenador do Curso**

Raul Canal

**Diretor Pedagógico**

José Antonio Ramalho

**Coordenadora Pedagógica**

Ana Cristina Freitas

**Editor e Jornalista Responsável**

Andrew Simek

**Revisão de textos**

Dayse Mendes

**Diagramação e Projeto Gráfico**

Thallys Guilande



## PALAVRA DO PRESIDENTE

Caros amigos,

É com imensa satisfação que a Universidade Corporativa Anadem – UCA devolve para a sociedade, por meio desse e-book acadêmico, artigos científicos com conteúdos de grande relevância para o mercado de Direito Médico/Odontológico e da Saúde, reforçando a sua missão de fortalecer os fundamentos do Direito Médico e das medidas de Segurança do Paciente.

Os trabalhos apresentados nesse e-book foram desenvolvidos pelos alunos da terceira turma de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico e demonstram o cuidado da Anadem em promover o incremento de uma visão sociocrítica compatível com as novas tendências jurídicas, sociais e humanísticas, trazendo abordagens e conteúdos inovadores relacionados ao exercício profissional da medicina e da odontologia.

Desejo uma ótima leitura e que consigamos, por meio desse documento, proporcionar reflexões acerca das legislações e jurisprudências apresentadas, pensando sempre sob a ótica da defesa dos profissionais da saúde.

Muito obrigado.



**Dr. Raul Canal**  
Presidente da Anadem





# APRESENTAÇÃO DA UCA

Ao estabelecer novas prioridades institucionais para os próximos dois anos, biênio 2020-2021, a Anadem considerou alguns fatores determinantes, como as mudanças ocorridas no cenário econômico e social do País e do mundo e os indicadores dos resultados quantitativos e qualitativos alcançados pelos colaboradores internos e externos e parceiros estratégicos.

A decisão estratégica do Presidente da Anadem, Dr. Raul Canal, na criação da **Universidade Corporativa Anadem - UCA**, reforça o elenco de novas prioridades e estratégias nos Eixos parcerias estratégicas e conhecimento.

## Missão, visão e valores

### Missão

A UCA é uma Universidade Corporativa com a missão de promover por meio do fortalecimento dos fundamentos do Direito Médico e das medidas para Segurança do Paciente, um ambiente de aprendizagem, conhecimento e inovação para associados, profissionais e colaboradores que atuam no setor de saúde.

### Visão

Ser uma Universidade Corporativa reconhecida como referência na ampliação e desenvolvimento de programas de treinamento e formação para profissionais e empreendedores que atuam no sistema de saúde brasileiro.

### Valores

Desenvolver a **excelência humana e profissional** dos colaboradores e parceiros que atuam no sistema de saúde do País.

Promover o **desenvolvimento e difusão de novos conhecimentos** por meio da melhoria contínua das organizações que operam no sistema de saúde brasileiro.

Compromisso permanente com a realização de programas e projetos educacionais **éticos e socialmente responsáveis**.

**Universalização do conhecimento** por meio de parcerias estratégicas com instituições e entidades do setor de saúde.

Aperfeiçoar a **gestão de relacionamento com associados e colaboradores** sempre com foco na obtenção de resultados.





# SUMÁRIO

- 13 . **ANDRÉ RICARDO DE ÁVILA JANJOPI**
- 37 . **AURÉLIO CONRADO DE SOUZA**
- 53 . **JULIANA DUTRA BREDARIOL**
- 73 . **LIANDER MICHELON**
- 91 . **LUANA VIEIRA DE JESUS LEOCÁDIO**
- 103 . **RODRIGO BREDARIOL ACHILLES**
- 121 . **TATIANE MICHELON**
- 135 . **TAMMY GUIMARÃES RESENDE SANTOS**
- 151 . **VIVIANE NAIARA ALVES FRAZÃO**



## O prontuário médico como meio de prova no processo civil

André Ricardo de Ávila Janjopi<sup>1</sup>

### RESUMO

Os documentos que orbitam a prática médica são de fundamental importância para comprovar a ocorrência de falha ou não na prestação do serviço, especialmente o prontuário do paciente. No entanto, a forma como o prontuário é elaborado poderá ser benéfico para a defesa médica ou não, a depender da obediência e minuciosidade que o profissional lhe concedeu. Este artigo busca identificar a importância dada ao documento pelo profissional da medicina comparando-a com a notoriedade dada ao prontuário nos tribunais, mediante a aplicação do princípio da responsabilidade civil e como prova no processo.

Palavras-chave: Processo civil. Prontuário do paciente. Responsabilidade civil. Prova. Lei geral de proteção de dados.

---

1. Graduado em Direito pela Universidade Santa Cecília.

## ABSTRACT

The documents that orbit medical practice are of fundamental importance to prove the occurrence of failure or not in the provision of the service, especially the patient's medical record. However, the way in which the medical record is prepared may or may not be beneficial for medical defense, depending on the obedience and thoroughness that the professional has granted. This article seeks to identify the importance given to the document by the medical professional compared to the notoriety given to the medical record in the courts, through the application of the principle of civil liability and as evidence in the process.

Keywords: Civil Procedure. Patient's record. Civil responsibility. Proof. General data protection law.

## 1 INTRODUÇÃO

A cada ano é notado um crescimento nas demandas judiciais com alegação de supostos “erros médicos” ou “erros de saúde”. O presente estudo não visa à busca da origem de tal fenômeno, ou seja, a preocupação não se concretiza no sentido de entender a razão da elevação de tais demandas, mas sim no preparo preventivo do profissional da Medicina especificamente em relação à importância que é dedicada à elaboração do prontuário do paciente, assim como à interpretação das decisões do judiciário sobre o tema.

O debate acerca da responsabilidade civil do médico, incluindo seu dever de informação ao paciente, há tempos tem sido destaque na doutrina e jurisprudência, entretanto, a comprovação de que o profissional agiu adequadamente na informação somente poderá ser provada no âmbito processual através de documentos que orbitam sua atividade.

Os documentos médicos, especialmente o prontuário do paciente, na condição de prova poderão assumir papel relevante em processos em que a reclamação esteja fundada em vício na prestação do serviço médico. Tal destaque poderá ser positivo ou negativo para a defesa do médico.

Mediante uma análise da doutrina, legislação e jurisprudência, este artigo pretende alcançar um panorama acerca da relevância do prontuário do paciente nos tribunais, assim como o grau de atenção dado ao documento pelos profissionais da Medicina.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade isoladamente ostenta inúmeros significados, podendo ser utilizado para identificar uma pessoa diligente, quando usamos um sentido mais simplório ou, no caso de uma expressão jurídica, está ligado diretamente ao ato praticado por qualquer cidadão e suas consequências, traduzindo a interpretação de dever ou obrigação.

O conceito de responsabilidade civil é definido pelo dever abstrato de reparar por determinado dano em relação ao prejudicado, que assume a figura do sujeito passivo, sendo, portanto, a reparação o dever daquele que causou o dano em indenizar. Tal conceito é largamente utilizado tanto na doutrina clássica como na contemporânea.

Iniciando-se pelo conceito de responsabilidade civil, o presente autor segue, há tempos, a definição apresentada por Álvaro Villaça Azevedo, para quem essa está presente quando “o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta a vida. A responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano”. Entre os clássicos, é igualmente muito difundida a definição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. (TARTUCE, 2018).

Tal instituto ainda ostenta a classificação de contratual e extracontratual, sendo o primeiro aquele que advém do descumprimento de uma relação previamente entabulada entre autor dos fatos e sujeito passivo. Entretanto, a ausência de uma relação contratual não obsta o direito do ofendido de ser reparado, aliás, nos dois casos a reparação não deixa ser um dever do sujeito ativo.

Referida divisão, surgida de um modelo chamado dualista, de maneira clara e evidente chegou a influenciar as legislações em sua formação, não sendo diferente no Brasil, que sempre consagrou tal modelo. No Código Civil em vigência, a responsabilidade extracontratual é tratada nos arts. 927 a 954, uma vez que tal dispositivo inaugural menciona o ato ilícito (art. 186) e o abuso de direito (art. 187). Já “a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento das obrigações, consta dos arts. 389 a 420 do CC/2002”. (TARTUCE, 2018).

A divisão originada desse modelo dualista é muito utilizada pela jurisprudência para delimitar a forma de atualização monetária e dos juros da indenização pecuniária imposta pelo julgador nos casos judicializados.

Há ainda a distinção entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. O art. 927 do Código Civil trouxe a imposição de reparação por ato ilícito sem necessidade de prova da culpa:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 10/01/2002).

Para maior eficácia no estudo sobre o tema proposto, debruçaremos breve estudo da responsabilidade civil subjetiva, pois tanto doutrina como jurisprudência firmaram entendimento que aos profissionais da área da saúde deve ser aplicada tal modalidade, como regra.

Para Flávio Tartuce, a responsabilidade civil é subjetiva, a qual precede de prova da culpa, e aplicável aos médicos e demais profissionais da saúde sob duas regras fundamentais.

A primeira delas é o art. 951 do Código Civil, segundo o qual “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”. A responsabilidade subjetiva fica clara pela menção à negligência, à imprudência e à imperícia. Vale lembrar, ademais, que os dispositivos citados tratam do dever de indenizar em casos de morte e lesão física, inclusive a capaz de reduzir perda de capacidade laborativa. A segunda regra que merece destaque é o art. 14, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, aqui exaustivamente citado, consagrador da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, caso das pessoas que atuam na área da saúde, médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e dentistas. (TARTUCE, 2018).

Conforme se verifica no resultado dos casos citados no art. 951 (provocar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho) aplica-se a regra clássica da neces-

sária comprovação de atuação do médico mediante negligência, imprudência ou imperícia, portanto, imprescindível a prova de um dos institutos, não necessariamente cumulados, para impor ao sujeito ativo o dever de indenizar.

O grande desafio está na responsabilidade civil inserida no código de defesa do consumidor<sup>2</sup>. O artigo 14 em seu §4º imputa a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais através de apuração de culpa.

No caso dos profissionais da medicina ainda é importante destacar que tem sido aplicada de maneira ampla à responsabilidade civil a tese da obrigação de resultado ou de meio, em que se pressupõe que na obrigação de meio é aplicada a responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado a rigor gera a responsabilidade objetiva, a qual dispensa a necessidade de prova da culpa do agente ativo da relação.

Como decorrência lógica dessa conclusão conceitual, tornou-se comum afirmar que a obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado, responsabilidade objetiva ou culpa presumida. Como mais uma vez se retira da célebre tese de Washington de Barros Monteiro, quando há obrigação de resultado “a simples verificação material do inadimplemento basta para determinar a responsabilidade do devedor”; ao passo que na obrigação de meio “verificada a inexecução, cumpre examinar o procedimento da obrigação, para se averiguar se o mesmo deve ou não ser responsabilizado”. Como bem adverte, “em matéria probatória, a referida classificação tem, pois, capital relevância. (TARTUCE, 2018).

A obrigação de meio determina que o médico deve se empenhar ao máximo na busca do bom resultado, porém reconhece que este pode não ser alcançado. Em tais casos, o profissional somente irá responder quando comprovado que agiu com dolo ou culpa, remetendo-nos à clássica interpretação da ocorrência de imprudência, negligência ou imperícia.

Já quando falamos de obrigação de resultado, o primeiro impacto que temos é sobre sua natureza complexa, que culmina em uma pressão ao médico no exercício de sua atividade em alcançar um resultado praticamente perfeito. Veja que na impossibilidade da obtenção do resultado implica a responsabilidade independentemente de culpa, ou seja, mesmo que comprovado pelo médico por todos os meios de prova admitidos que este desempenhou sua atividade mediante perfeita técnica, somente o fato de o resultado não ter sido alcançado já é suficiente para uma eventual condenação por danos ao paciente.

---

2. Inobstante ainda exista uma certa resistência, a matéria acerca do fato de que a relação entre médico e paciente é tipificada como de consumo, mediante fundamento no disposto no art. 14, §4º do CDC, é praticamente pacificada nos tribunais. Nesse sentido: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA CARDÍACA. SEQUELAS. PERÍCIA. CONDIÇÕES ANATÔMICAS DA PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO QUE DECORRE DO ELEMENTO CULPOSO, NÃO CONFIGURADO NO CASO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Responsabilidade civil. Erro médico. Sequelas decorrentes de cirurgia cardíaca. Perícia. Revascularização malsucedida por acidente imprevisível decorrente das condições anatômicas da paciente. A responsabilidade civil do médico depende da comprovação do elemento culposo (art. 14, § 4º, do CDC), não demonstrado nos autos. Improcedência do pedido mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10672543720188260100 SP 1067254-37.2018.8.26.0100, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 02/03/2021, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/03/2021)

Um exemplo bem definido da obrigação de resultado está nos procedimentos, cirúrgicos ou não, com finalidade estética, tanto na cirurgia plástica como para os dentistas quando atuam nessa área. Nesse caso a prestação do serviço somente poderá ser dada como cumprida quando o resultado alcançado é exatamente o informado pelo médico previamente. Aqui deve ser destacada a importância do termo de consentimento informado que deve ser colhido sob a forma escrita antes do início do tratamento, devendo o mesmo ser juntado, por via original, no corpo do prontuário do paciente.

Por outra via, na obrigação de resultado ou de fim, a prestação só é cumprida com a obtenção de um resultado, geralmente oferecido pelo devedor previamente. Aqueles que assumem obrigação de resultado respondem independentemente de culpa ou por culpa presumida, invertendo-se o ônus da prova nos dois casos, conforme já entendiam doutrina e jurisprudência muito antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Por todos os remotos julgados superiores: “contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. Cabível a inversão do ônus da prova” (STJ, REsp 81.101/PR, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.04.1999, DJ 31.05.1999, p. 140). (TARTUCE, 2018).

## 2.1 Documentos médicos

De forma geral o conceito de documento pode ser caracterizado como toda unidade de registro de informações, sob qualquer formato, conforme é descrito pela Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011<sup>3</sup>. Vejamos o teor do artigo 4º:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;
- documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato.

Veja que a norma se preocupa em delinear a diferença entre informação e documento, sendo conferido ao primeiro uma característica dúplice, sendo ou não processado, já quanto ao documento, este pressupõe sua condição de informação registrada.

O documento no âmbito médico traduz um conjunto de registro de informações técnicas no exercício da atividade do profissional da saúde, portanto, assume a capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico.

Veja, por exemplo, que um atestado médico tem o condão de justificar a ausência no trabalho ou de um estudante em dia de avaliação, ou ainda de declarar óbitos.

Os documentos médicos podem ser classificados como públicos, se emitidos por um agente público, tal como um perito nomeado pelo juízo ao produzir um laudo, ou podem ser privados, quando emitido por pessoa física, um médico quando lança uma receita em consulta, por exemplo (SOUZA, 2021).

3. A Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011 regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Os documentos médicos ainda podem ser caracterizados como próprios, quando produzidos pelo profissional da saúde ou terceiros que participaram do procedimento e ainda impróprios, quando confeccionados por órgãos superiores de caráter fiscalizatório, regulação ou ainda científico.

Outra classificação que merece destaque em nosso estudo é a condição de sigilo do documento médico.

É sigiloso todo documento quando a exposição de seu teor pode apresentar riscos aos direitos individuais ou coletivos. Um exemplo clássico é o prontuário médico, o qual ostenta um conjunto de informações minuciosas do paciente desde seu primeiro contato com o profissional da saúde.

É de grande importância apontar que o médico, como responsável pela guarda do prontuário, deve adotar medidas rígidas para garantir a condição de sigilo do prontuário do paciente, eis que o vazamento de tal documento implicará inevitável processo ético, além do dever de indenização.

## 2.2 O prontuário do paciente

É consenso na doutrina no direito médico que o prontuário pode ser definido como o acervo documental que é padronizado e organizado não somente com a anamnese do paciente, mas com informações detalhadas de todas as intervenções prestadas, seja pelo médico ou por qualquer outro profissional da saúde que participou do tratamento, incluindo também os resultados de exames e demais documentos.

A Resolução CFM n. 1.638/2002 em seu artigo 1.º assim define o prontuário médico:

O documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo. (CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2002).

Designa ainda a responsabilidade pelo prontuário ao médico assistente e aos demais profissionais que compartilharam do atendimento: desde a hierarquia médica das instituições constituídas pelas chefias de equipe, chefias de clínica do setor até o diretor da divisão médica.

Devem-se incluir no prontuário as fichas de relatos clínicos, relatórios de outros profissionais da saúde (enfermeiros, fonoaudiólogos, fisioterapeutas, psicólogos, entre outros), assim como as informações prestadas pelo paciente ou familiares que possam ser pertinentes ao tratamento.

A Resolução n. 2.056/2013, além de apontar a imprescindibilidade da anamnese elencando os dados obrigatórios na sua elaboração, traz no teor do artigo 51 os dados mínimos que devem compor o prontuário do paciente.

Art. 51. Para obedecer ao disposto no art. 87 do Código de Ética Médica e seus parágrafos, o registro em prontuário deve, no mínimo, conter os seguintes dados: (Modificado pela Resolução CFM n. 2153/2016)

1- Anamnese, onde deve constar:

- a) Identificação do paciente: nome, idade, data de nascimento, filiação, estado civil, raça, sexo, religião, profissão, naturalidade, endereço e telefone;
- b) Queixa principal: descrição sucinta da razão da consulta;
- c) História da doença atual: relato do adoecimento, início, principais sinais e sintomas, tempo de duração, forma de evolução, consequências, tratamentos realizados, internações, outras informações relevantes;
- d) História familiar: doenças pregressas na família, estado de saúde dos pais, se falecidos, a idade e a causa, principal ocupação dos pais, quantos filhos na prole, forma de relacionamento familiar, nas avaliações psiquiátricas registrar a existência de doença mental na família;
- e) História pessoal: informações sobre sua gestação e doenças intercorrentes da mãe durante a gestação, doenças fetais, parto eutócico ou distócico, condições de nascimento, evolução psicomotora com informações sobre idade em que falou e deambulou; doenças intercorrentes na infância, ciclo vacinal, aprendizado na escola, sociabilidade em casa, na escola e na comunidade; trabalho, adoecimento no trabalho, relações interpessoais na família, no trabalho e na comunidade; puberdade, vida sexual e reprodutiva, menopausa e andropausa; se professa alguma religião e qual; doenças preexistentes relacionadas ou não ao atual adoecimento; situação atual de vida;
- f) Revisão por sistemas com interrogatório sucinto sobre pele e anexos, sistema olfatório e gustativo, tato, visual e auditivo, cardiocirculatório e linfático, osteomuscular e articular, gênito-urinário e neuroendócrino e psíquico;
- 2) Exame físico
- 3) Exame do estado mental (para a psiquiatria e neurologia): sensopercepção, representação, conceito, juízo e raciocínio, atenção, consciência, memória, afetividade, volição e linguagem;
- 4) Hipóteses diagnósticas: possíveis doenças que orientarão o diagnóstico diferencial e a requisição de exames complementares;
- 5) Exames complementares: exames solicitados e registro dos resultados (ou cópia dos próprios exames); 6) Diagnóstico: de acordo com o CID da Organização Mundial da Saúde em vigor;
- 7) Conduta: terapêutica instituída e encaminhamento a outros profissionais;
- 8) Prognóstico: quando necessário por razões clínicas ou legais;
- 9) Sequelas: fundamentação para prescrições específicas como órteses e próteses e, materiais especiais; e
- 10) Causa da morte. (CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013)

Evidente que o prontuário não está limitado em conter somente os dados indicados pela Resolução 2.056/2013, pois o profissional da saúde deve estar atento a cada detalhe, não desprezando a condição psicológica e emocional expressada pelo paciente, fazendo constar no prontuário reações subjetivas, tais como tranquilidade, preocupações, irritações, satisfação e outros.

Deve observar relatos do paciente sobre a sua relação com familiares, amigos, colegas de trabalho. O médico deve ser minucioso e observador, lembrando-se sempre de anotar no prontuário do paciente sua percepção quanto à obediência ao tratamento, se respeitou períodos de repouso, se utilizou o medicamento indicado na receita conforme prescrito.

Em casos de pós-operatórios, o cuidado em alimentar o prontuário com a conduta do paciente é imprescindível, sendo necessário constar eventuais descumprimento ou rompimento de certas proi-

bições, como exposição ao sol antes do período indicado pelo cirurgião, afastamento no tempo certo no desempenho de atividades físicas ou do cotidiano, tais como dirigir ou fazer atividades domésticas ou ainda esportivas. Enfim, toda e qualquer informação não pode ser desprezada pelo médico.

Para Genival Veloso de França (2021), é inadmissível nos permitir a interpretar o prontuário como uma mera peça burocrática com finalidade especificamente financeira, de modo a auxiliar na contabilização para a cobrança dos serviços médicos e hospitalares realizados. Merece destaque a importância de os profissionais da saúde sempre trabalharem com a hipótese da ocorrência de eventuais complicações de ordem técnica, ética e até mesmo jurídica, situação que eleva o prontuário médico ao patamar de documento com imprescindível valor probatório em possíveis celeumas nos tribunais.

Partindo-se do aspecto de destaque do prontuário do paciente como documento de suma importância para proteção do profissional da saúde em eventuais complicações na órbita jurídica, os cuidados na sua confecção devem ser redobrados.

A importância do prontuário do paciente é destacado no Código de Ética Médica, que expressamente veda o profissional da Medicina de deixar de elaborar prontuário legível para cada caso atendido. O Código de Ética Médica aponta em seu artigo 87 e §§ 1º, 2º e 3º a imprescindibilidade de a indicação dos dados clínicos serem preenchidos em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina, assim como a responsabilidade sobre a guarda do prontuário.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro CÓDIGO DE 38 ÉTICA MÉDICA do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

§ 3º Cabe ao médico assistente ou a seu substituto elaborar e entregar o sumário de alta ao paciente ou, na sua impossibilidade, ao seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

A preocupação acerca do preenchimento correto do prontuário tem sido aos poucos tema de destaque na comunidade médica. Nesse contexto, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo editou a resolução CREMESP n. 70/95, que instituiu a criação da Comissão de Revisão de Prontuário, justamente com a finalidade de fiscalizar o correto preenchimento de prontuários.

Tão importante é o preenchimento correto do prontuário, que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, através da Resolução CREMESP no 70/95, criou a Comissão

de Revisão de Prontuários Médicos, de caráter obrigatório, nas Unidades de Saúde onde se presta assistência médica de sua jurisdição, com tempo de mandato e processo de escolha de seus membros consignados no Regimento Interno do Corpo Clínico da instituição hospitalar. À Comissão de Avaliação de Prontuário compete a fiscalização dos itens obrigatórios, letra legível do profissional que atendeu ao paciente, registro diário da evolução clínica, prescrição dos medicamentos e o tipo de alta. (FRANÇA, 2019).

Na doutrina contemporânea é advertida exaustivamente a conduta litúrgica que os médicos devem dedicar ao caso, como bem menciona os doutrinadores Eduardo Dantas e Marianna Chaves em obra conjunta:

Assim, os prontuários contendo os dados clínicos relevantes para a boa condução e conhecimento de cada caso, devem ser preenchidos a cada avaliação, em ordem cronológica, com data, hora, assinatura e número do CRM do profissional. Tais documentos devem ficar em posse do médico ou da clínica, conforme prescrevem os §§ 1º e 2º do art. 87 do Código de Ética Médica. (DANTAS; CHAVES, 2017).

Veja que a ordinariedade do prontuário pode ser também observada na própria evolução do exercício da Medicina, fato que pode ser constatado na declaração de Tel Aviv, quando na 51.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial foram confeccionadas as recomendações acerca das responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina. Houve a devida atenção na exigência do prontuário no item 13, que consigna ser “essencial que os achados do quadro clínico durante o processo de avaliação sejam registrados no prontuário médico. O registro médico provê frequentemente no tribunal evidência dos procedimentos.”

Em cada especialidade deve haver um cuidado peculiar do médico ao preencher o prontuário do paciente. Como exemplo de casos de reprodução humana assistida, quando deve ser informado no prontuário cada procedimento pertinente à área.

De acordo com o art. 87 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. Estando em causa uma clínica de reprodução humana assistida, é mais que óbvio que os prontuários médicos deverão indicar as informações das gestações, gametas, nascimentos, malformações, assim como os processos de manipulação de gametas e embriões de cada paciente, a cada ciclo ou avaliação. (DANTAS; CHAVES, 2017).

Evidente que tal rigor se estende para todos os demais ramos e especializações da Medicina, tanto para casos de longos tratamentos, cirúrgicos ou não, como para uma consulta de rotina que não se prolongue por mais de uma ou duas sessões de atendimento.

Um dos motivos de o médico ser inflexível na ministração do prontuário em todas as hipóteses de atendimento nada mais é do que uma forma de uniformizar sua conduta profissional de modo a desenvolver uma técnica perspicaz e sagaz na confecção do documento.

Outro aspecto de suma importância na construção do prontuário é o dever de informação não somente do médico, como das clínicas e hospitais. Cumpre-nos contextualizar o direito do paciente à informação sob interpretação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

A ausência no prontuário de documentos e relatos pertinentes ao tratamento é considerada omissão em nossos Tribunais, sendo, inclusive, abordada como falha no serviço e passível de indenização.

Tal disposição vincula-se diretamente ao direito à informação que possuem todos os pacientes que se submetem ao tratamento de infertilidade e recorrem às técnicas de procriação medicamente assistida. Como já foi referido anteriormente a responsabilidade civil das clínicas e centros é objetiva, ou seja, independe de verificação de culpa. A insuficiência ou inadequação das informações, incluindo-se nos prontuários e registros, poderá ser o suficiente para caracterizar o serviço prestado pela clínica como defeituoso, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. (DANTAS; CHAVES, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial<sup>4</sup> de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, condenou médico que, em procedimento de parto normal, deixou de proceder pelos registros imprescindíveis, apontando no julgado que houve omissão na anotação na folha de evolução de parto e no preenchimento criterioso e cuidadoso dos boletins de atendimento, relatórios que compõem o prontuário da paciente, fazendo menção no voto quanto ao descumprimento do art. 87 do Código de Ética Médica.

---

4. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL MÉDICO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA CONFIGURADA. NEGLIGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CABIMENTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PRONTUÁRIO MÉDICO. PREENCHIMENTO. OMISSÃO. PRESSUPOSTO ATENDIDO. DEVER DE CUIDADO E DE ACOMPANHAMENTO. VIOLAÇÃO DEMONSTRADA. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. APLICAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir: (i) qual a natureza da responsabilidade civil do profissional liberal (médico), se objetiva ou subjetiva, no caso dos autos, e (ii) se há nexo de causalidade entre o resultado (sequelas neurológicas graves no recém-nascido decorrentes de asfixia perinatal) e a conduta do médico obstetra que assistiu o parto. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais médicos depende da verificação de culpa (art. 14, § 4º, do CDC). Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Precedentes. 3. O nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil é mais bem aferido, no plano jurídico-normativo, segundo a teoria da causalidade adequada, em que a ocorrência de determinado fato torna provável a ocorrência do resultado. 4. No caso em apreço, a conduta deliberada do médico em omitir o preenchimento adequado do prontuário revela, juridicamente, falta de cuidado e de acompanhamento adequado para com a paciente, descurando-se de deveres que lhe competiam e que, se observados, poderiam conduzir a resultado diverso ou, ainda que o evento danoso tivesse que acontecer de qualquer maneira, pelo menos demonstrar que toda a diligência esperada e possível foi empregada, podendo o profissional inclusive valer-se desses mesmos registros para subsidiar a sua defesa. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1698726 RJ 2017/0046633-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 01/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2021)

Portanto, muito embora possa o médico tentar se escusar sob argumento de falta de tempo ou até mesmo desconhecimento quanto à dedicação aos documentos que orbitam a prática médica, em especial o prontuário, a jurisprudência tem-se mostrado firme no sentido de que não há desculpas para justificar a omissão ou falta de zelo no preenchimento de documentos imprescindíveis à atividade médica.

Razão esta que nos conduz ao entendimento de que tal tema deveria, na verdade, passar a compor as grades curriculares do curso de Medicina com maior destaque.

Malgrado todo esforço, infelizmente, por questão de hábito ou de economia de tempo e razões injustificáveis o médico brasileiro tem-se preocupado muito pouco com a documentação do paciente, com destaque para uma elaboração mais cuidadosa do prontuário. Se a análise for feita nos ambulatórios, vamos ver que essa situação é ainda mais grave. Seria muito significativo, principalmente, a partir do aparelho formador, que se fizesse ver a importância de que se reveste tal documento para o paciente e para as instituições de saúde. (FRANÇA, 2019).

Muito embora a tarefa seja árdua, a necessidade de atenção e dedicação aos documentos da atuação profissional deve passar a ocupar uma parcela do tempo maior do médico brasileiro, porém a evolução tecnológica pode auxiliá-lo nessa seara, como é o caso do prontuário eletrônico.

### **2.3 Prontuário eletrônico e a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD**

O Conselho Federal de Medicina, já no longevo ano de 1989, trazia uma indicação da instituição do prontuário eletrônico. Referida normativa estabelecia que tal documento após 10 anos da data do último registro, poderia ser substituído por métodos de registro, capazes de assegurar a restauração plena das informações nele contidas. Estabelecia ainda que tal documento é de manutenção permanente pelos estabelecimentos de saúde.

A matéria aos poucos ganhou atenção até alcançar maior destaque na Resolução CFM n. 1.821 de 11 de julho de 2007, sendo alterada mais recentemente pela Resolução CFM n. 2.218 de 29 de novembro de 2018, a qual revogou o artigo 10º da resolução CFM n. 1.821/2007, que aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde.

Com algum atraso, foi publicada a Lei n. 13.787 de 27 de dezembro de 2018, que regulou a matéria sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente (BRASIL, 2018b).

Em seu 1.º artigo o legislador faz a vinculação direta da lei do prontuário eletrônico do paciente à Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Os rigores quanto à forma exigida para o prontuário físico são mantidos quando a clínica, consultório ou nosocômio optam pela via eletrônica.

A digitalização do prontuário de paciente deve assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital, obedecendo a métodos de digitalização que reproduzam com fidelidade todas as informações contidas nos documentos físicos originais, tanto para a conversão de um prontuário físico já em curso, como aquele que tem seu exórdio na via eletrônica, como digitalização de documentos (exames, relatórios e outros) atendendo ao certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro padrão indicado por legislação (BRASIL, 2018b).

O CFM, atento às exigências de certificação e segurança do prontuário eletrônico, descreve na Resolução n.1.821/2007 o nível de segurança exigido para autorizar a eliminação dos documentos de papel. Vejamos:

Art. 4º Não autorizar a eliminação do papel quando da utilização somente do “Nível de garantia de segurança 1 (NGS1)”, por falta de amparo legal.

Art. 5º Como o “Nível de garantia de segurança 2 (NGS2)”, exige o uso de assinatura digital, e conforme os artigos 2º e 3º desta resolução, está autorizada a utilização de certificado digital padrão ICP - Brasil, até a implantação do CRM Digital pelo CFM, quando então será dado um prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que os sistemas informatizados incorporem este novo certificado. (CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2007).

Os documentos físicos originais após digitalizados poderão ser destruídos, porém, antes, deverão passar por análise da comissão permanente de revisão de prontuários e avaliação de documentos, especificamente criada para essa finalidade.

O prontuário eletrônico do paciente armazena dados considerados individuais e que devem ter a garantia de sigilo e inviolabilidade, uma vez que trazem em seu conteúdo informativo quanto à saúde, a genética, e naturalmente a intimidade da pessoa<sup>5</sup>.

A proteção de dados tem como fundamentos indispensáveis o respeito à privacidade, ao direito de informação, de inviolabilidade da intimidade e à dignidade da pessoa<sup>6</sup>.

Observa-se ainda na indigitada norma o princípio da boa-fé, sobretudo quanto à realização de tratamento para propósitos legítimos, havendo a devida informação à pessoa, assim como impossibilita alterações de tratamento sem a prévia comunicação e consentimento. Obriga ainda que o detentor do prontuário de dados permita sem qualquer dificuldade o acesso do titular às anotações a qualquer tempo<sup>7</sup>.

5 A LGPD em seu art. 5º, inciso II, destaca que “dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

6 (LGPD)Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII- os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

7 (LGPD) Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

A LGPD não deixou de destacar a importância no rigor ao formalizar o consentimento colhido do paciente, estabelecendo sua forma escrita, que seja obtido mediante a vontade espontânea da pessoa, sendo naturalmente vedado qualquer vício de consentimento, não traduzir em termo genérico de maneira alguma a garantia de revogabilidade mediante simples manifestação expressa do titular<sup>8</sup>.

Os sistemas de organização pertinentes no tratamento de dados, como um prontuário eletrônico, são submetidos a uma certificação com a finalidade de garantir a segurança e o sigilo dos dados, além de prevenir ataques ilícitos que visem à invasão e ao sequestro das informações.

A certificação dos sistemas envolvidos no tratamento de dados pessoais e sensíveis é uma das medidas fundamentais para garantir a segurança e o sigilo dos dados e informações; assim como, de forma preventiva, orientar e estabelecer medidas contra acidentes ou mesmo acessos ilícitos, não autorizados, que possam provocar a destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, conforme determina o artigo 46 LGPD. A certificação também é relevante como meio de comprovação das medidas de segurança adotadas para serem apresentadas, quando necessário, à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) no exercício de suas competências (artigo 55-J). (FERNANDES, 2021).

Enfim, além do benefício de não ocupar espaço físico, de possibilitar a preservação dos documentos sem riscos de danos, o prontuário eletrônico ainda possibilita que os registros sejam obrigato-

- 
- I finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
  - II adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
  - III necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
  - IV livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
  - V qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
  - VI transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
  - VII segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
  - VIII prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
  - IX não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
  - X responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

8 (LGPD) Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

riamente classificados em ordem cronológica e sequencial, não editável, centralizando os documentos em meio único.

Inobstante o fato de que a vida moderna e a revolução informacional<sup>9</sup> têm exigido cada vez mais tempo e concentração para as atividades profissionais e do cotidiano de todos, ainda assim a utilização do prontuário eletrônico cada vez mais se torna um mecanismo imprescindível para o desempenho da atividade médica ao passo em que a sociedade lhe cobra tal organização.

## 2.4 Da prova no processo civil

Todo processo surge por pretensa reclamação de um direito subjetivo que se origina em regra por fato. Ao propor determinada ação, o requerente o fará descrevendo tais fatos apontando as provas destes, assim como seu oponente, o requerido, ao contestar, deverá se valer da produção de provas que venham a desconstituir tal direito reclamado ou simplesmente negá-lo, caso em que deverá o autor produzir a prova.

Nesse sentido, é de se concluir que não é suficiente que a parte simplesmente alegue os fatos, havendo a necessidade de prova. Humberto Theodoro Júnior, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, preceitua dois sentidos para conceituar a prova no processo. Vejamos:

- (a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
- (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Diante disso, é possível extrair que, por um lado, a prova é de fato qualquer elemento material carregado ao processo com a intenção de convencer o juiz da causa em favor da tese alegada.

No entanto, não se deve ignorar sua condição subjetiva, a qual implica sua capacidade de induzir o julgador da existência do fato alegado, uma vez que o objetivo da prova é fazer acreditar que o fato ocorreu exatamente conforme seus relatos.

Desprezar a qualidade subjetiva da prova pode acarretar sucumbência do pedido. Exemplo é quando a parte produz várias provas, porém todas impertinentes, posto que não alcançaram seu caráter subjetivo de indução lógica para convencer o juízo da existência ou inexistência do fato reclamado na inicial.

A um só tempo, destarte, deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que “provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veraci-

---

<sup>9</sup> A revolução informacional há tempos ocupa os debates da comunidade acadêmica, para Jean Lojkine “As abordagens, de fato, repousam sobre dois campos que se excluem mutuamente, o que conduz a um diálogo de surdos: de um lado, o tempo longo de grandes prospectivas históricas, as ‘utopias’ dos engenheiros exploradores das ‘potencialidades’ dos sistemas tecnológicos; de outro, o tempo curto da vida cotidiana nos locais de produção, onde o sociólogo tem o prazer de desmascarar o fosso que separa as belas promessas dos vendedores de materiais ou dos dirigentes de empresa da ‘realidade’ que é o trabalho precário, a intensificação do trabalho, a divisão entre os ganhadores e os excluídos ‘modernização tecnológica’”. (LOJKINE, 1995).

dade de uma afirmação”. Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios. (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido “por falta de prova”. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico; houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova ± o convencimento do juiz. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Portanto, como vimos, o conceito de prova nos remete a uma interpretação dividida quanto a sua função, seja objetiva como um meio hábil legalmente produzido para comprovar um fato ou ainda uma característica subjetiva que visa à convicção formada no espírito do julgador em torno do fato.

Após ultrapassada a conceitualização da prova, revela-se importante no presente trabalho traçar algumas linhas acerca do objeto da prova.

Veja que o fato a ser provado ao juiz deve ser aquele que se mostrar relevante para induzir a formação da convicção do julgador. Desta forma, em uma alegação de falta de informação por parte do médico quanto ao tratamento do paciente, na fase de instrução deverá o requerido trazer aos autos o termo de consentimento informado assinado, assim como o prontuário, no qual deverá constar toda informação ofertada nas consultas que antecederam o tratamento.

Na ausência do termo e das informações no prontuário, como relatado no parágrafo anterior, em nada ajudará para a defesa do médico a produção probatória de documentos diversos que não sejam suficientes a provar que informou previamente o paciente sobre o tratamento. Mais uma vez corroborando que “Não é qualquer fato que precisa ser provado em juízo. O objeto da prova recai sobre os fatos relevantes e os pertinentes para a formação da convicção do juiz diante dos limites objetivos e subjetivos da postulação, estabilizada no momento do saneamento (art. 329, II)”. (BUENO, 2018).

Importante apontar que a prova pode ser classificada por espécies, tais como depoimento pessoal, confissão, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial, sendo para o presente estudo dado destaque à documental.

#### ***2.4.1 Do ônus da prova no processo civil***

O Código de Processo Civil, ao tratar sobre as provas no processo, abre com destaque ao direito que as partes têm de se utilizar de tal prática (artigo 369). Aliás, tal direito é tratado por nossa carta magna como uma das garantias constitucionais. Vejamos:

O art. 369, o primeiro da Seção dedicada às “disposições gerais” sobre as provas, consagra, no plano infraconstitucional, o princípio da atipicidade da prova, de estatura constitucional (art. 5º, LVI, da CF), ao estatuir que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Os meios “moralmente legítimos” referidos também remontam ao precitado dispositivo constitucional, que veda o uso de provas ilícitas ou obtidas de modo ilícito. (BUENO, 2018).

Para o Direito, o processo civil, ônus não se traduz em mera conveniência da parte, mas sim em uma atividade positiva do sujeito que remete a uma atividade processual na qual o interessado busca por todos os meios de prova em direito admitido trazer a verdade sobre os fatos que determinarão o julgamento da causa.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar por meio da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

O Código de Processo Civil estabelece como regra que o ônus da prova incumbe ao autor, porém insere no sistema probatório exceções que podem inverter tal dever.

Quando o réu invocar sua defesa mediante alegação de fato que altere ou elimine as consequências jurídicas do fato alegado na inicial, ocorre a inversão do ônus, posto que, ao apontar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, o demandado passa a admitir em juízo como verdadeira a alegação do proponente.

No Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6.º, inciso VIII, o legislador previu outra hipótese de inversão do ônus probatório quando permite em favor do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. (BRASIL, 1990).

Entretanto, importante constar que tal inversão é relativa e não absoluta. Após muito debate o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento de que a inversão do ônus da prova não dispensa a comprovação mínima, pela parte autora, dos fatos constitutivos do seu direito.<sup>10</sup>

## 2.5 A importância do prontuário do paciente como prova no processo civil

Superadas as premissas quanto à responsabilidade civil do médico, do dever de informação, da correta organização e confecção dos documentos, passamos ao estudo da interpretação do prontuário do paciente como prova para o processo civil.

Conforme trabalhado no último capítulo, a prova no processo civil pode ser definida como qualquer elemento material carreado ao processo com a intenção de convencer o juiz da causa em favor da tese alegada. Vimos também que a condição subjetiva da prova, a qual implica sua capacidade de induzir o julgador da existência do fato alegado, uma vez que o objetivo da prova é fazer acreditar que o fato ocorreu exatamente conforme seus relatos.

Nessa vertente, o prontuário do paciente assume papel de grande relevância como prova documental em defesa do médico quando este venha a ser demandado em processos nos quais a parte

10 DIREITO DE CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE. REJEITADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELATIVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MÍNIMA DO DIREITO ARGUIDO. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- Consoante orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, “a inversão do ônus da prova não dispensa a comprovação mínima, pela parte autora, dos fatos constitutivos do seu direito” (AgInt no REsp 1.717.781/RO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 15.6.2018) - Sentença mantida - Recurso conhecido e não provido. (TJ-AM - AC: 06082468120198040001 AM 0608246-81.2019.8.04.0001, Relator: Anselmo Chixaro, Data de Julgamento: 17/11/2021, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2021)

requerente ostente a tese de falha na prestação do serviço, em especial a alegação de “erro médico” ou como utilizado por parte da doutrina “erro de saúde”<sup>11</sup>.

Ocorre que erro não deve ser ligado de maneira estrita à falha ou incompetência profissional, bem sabemos que estes podem de fato surgir em virtude da má prestação do serviço, técnica imprecisa do médico, porém não é incomum que seja decorrente do “erro de outro profissional da saúde (enfermeiro, farmacêuticos, etc.). Portanto, erro se torna um problema sistêmico e não individual.” (BOLESIN; BONAMENTE; COLUSSI, 2021).

Deve ser destacado que o resultado que gerou a insatisfação pode até mesmo ser de culpa do próprio paciente, fato bastante corriqueiro, quando este descumpre o tratamento de qualquer forma, como se utilizar de medicamento diverso daquele prescrito, não guardar repouso pelo período indicado, retomar atividades físicas antes do determinado, faltar a consultas de retorno, não realizar exames solicitados, enfim, são inúmeras as ocorrências faltosas que podem ser de responsabilidade do paciente.

No entanto, independentemente da origem do erro ou até mesmo para provar a inexistência deste, o prontuário do paciente se mostra como peça importantíssima à defesa do profissional da medicina. Porém, tal instrumento só surtirá efeitos positivos para a defesa do médico em caso de estar devidamente preenchido e ter em anexo todos os documentos necessários.

Como já abordamos anteriormente, o prontuário não está limitado em conter somente os dados indicados pela Resolução 2.056/2013, sendo imprescindível que conste cada detalhe, não desprezando a condição psicológica do paciente, as emoções externadas nas consultas, eventuais faltas às sessões de atendimento, a obediência ao tratamento, se respeitou períodos de repouso, se utilizou o medicamento indicado na receita conforme prescrito.

O médico pode e deve proceder anotações de fatores externos, tais como informações coletadas em redes sociais.

Note-se que, quanto mais robusto estiver o prontuário, maiores serão as possibilidades no convencimento do juiz da causa, entretanto, importante estar atento para a obediência aos pressupostos de validade do prontuário do paciente, não devendo conter letra ilegível, siglas ou abreviações, rasuras, anotações desconectadas. Importante também respeitar a ordem cronológica e não apresentar lacunas em branco entre as anotações.

Como medida de maior controle no manejo do prontuário do paciente, o médico pode aderir ao prontuário eletrônico, desde que se trate de uma plataforma certificada conforme as regras instituídas pela Lei n.º 13.709/2018 (LGPD), assim como pela resolução CFM n. 1.821/2007.

A utilização do prontuário eletrônico traduz ao procedimento maior segurança, uma vez que, por se tratar de plataforma certificada com exigência de nível de garantia de segurança 2 (NGS2) e uso de assinatura digital, a alteração ou inclusão de dados ou documentos em seu teor é severamente dificultada. Esse fator lhe confere maior credibilidade como prova em juízo.

---

<sup>11</sup> O paciente é o consumidor e o médico o fornecedor. O serviço ou o produto é o objeto. Ocorre que, durante a relação de consumo entre médico e paciente, podem acontecer situações danosas oriundas do que se convencionou chamar de “erro médico”. Preliminarmente, entende-se que o termo correto é “erro de saúde”, pois em todo resultado adverso na assistência à saúde individual ou coletiva é sinônimo de erro médico (FRANÇA, 2019, p. 256), assim erro não necessariamente possa ser somente do cirurgião, mas também da equipe anestésica, equipe de enfermagem, aparelhos hospitalares, etc. Assim, o erro de saúde pode ser considerado como gênero e suas espécies serão denominadas conforme o erro cometido. (BOLESIN; BONAMENTE; COLUSSI, 2021).

Evidente que o correto e atencioso preenchimento e juntada dos documentos pertinentes não deve ser esquecido.

### **2.5.1 O prontuário nos tribunais**

Em estudo publicado em abril de 2021 na revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife foram analisadas 54 decisões judiciais que apresentaram em seu teor o termo “prontuário médico” tendo como critério a relevância do documento como prova dos fatos.

Criou-se o critério de muito relevante, relevante e nada relevante para quantificar a importância do prontuário médico como prova. Deste modo, estabeleceu-se o critério de observar o teor da sentença de primeiro grau e a fundamentação do voto dos desembargadores, bem como as provas em que se basearam para prover ou não aquele recurso. Tendo esta classificação como norte, “relevante e trabalhado” diz respeito à citação do prontuário de forma minuciosa; “relevante não trabalhado” refere-se à citação do prontuário, porém de forma genérica e “nada relevante” são aquelas que não foram meramente citadas. (BOLESIN; BONAMENTE; COLUSSI, 2021).

Os autores, ao analisarem os filtros de relevância, obtiveram como resultado que “29,62% das decisões tiveram o prontuário como um elemento relevante e trabalhado de prova. Já, 55,55% o viram como relevante e não trabalhado; e 14,81% o tiveram como nada relevante” (BOLESIN; BONAMENTE; COLUSSI, 2021).

Portanto, é possível extrair que em menos de 15% das decisões os julgadores interpretaram o prontuário como peça não relevante para a verdade dos fatos, demonstrando a imensa importância que o prontuário do paciente detém no judiciário.

Como exhaustivamente tratado no presente trabalho, a falta de preenchimento do prontuário ou dos documentos que o integram tem sido motivo de condenação de médicos pelos tribunais, sob fundamento de omissão no cumprimento do artigo 87 do Código de Ética Médica.

O Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial condenou o médico por conduta deliberada na omissão do preenchimento adequado do prontuário, advertindo ainda se tratar não somente um “desatendimento de um ônus simplesmente burocrático, mas a sua falta de cuidado e de acompanhamento adequado para com a requerida, descuidando-se de deveres jurídicos” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

No voto de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Corte Superior acolheu por unanimidade os argumentos que concluíram “que houve falha no atendimento da paciente, pelo médico segundo réu, o qual agiu com negligência/imperícia, ao deixar de realizar de forma adequada o paratograma, deixando de anotar qualquer ocorrência e/ou batimento cardíaco por cerca de quatro horas.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

Em sede de recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação contra hospital em decorrência de omissão no prontuário do paciente da evolução pré-ope-

ratória à colocação do dreno. No voto da relatora Desembargadora Teresa Ramos Marques é possível identificar a grande importância dada ao prontuário do paciente em diversos trechos. Vejamos:

Impossível responder dado o Parecer CFM 19/99, porém podemos dizer que as cópias de prontuários acostadas das fls.181/224 não correspondem ao que se espera de um prontuário médico conforme previsto no Conselho Federal de Medicina (CFM), pela Resolução nº 1.638/02. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016).

O prontuário constitui prova da conduta do médico, portanto deve ser preenchido com informações sobre a evolução do estado de saúde do paciente, o tratamento dispensado, os procedimentos adotados durante o atendimento, resultados de exames de imagem e outras informações pertinentes. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016).

A ausência, ou insuficiência, de anotações no prontuário médico, apontada pela perícia, impede acolher a tese da ré, no sentido de que não houve erro médico. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016).

Por outro lado, quando o prontuário do paciente é devidamente preenchido e alimentado com os documentos imprescindíveis para corroborar a veracidade dos fatos, a possibilidade de êxito da defesa do médico é consideravelmente maior.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar recurso de apelação que teve como relator o Desembargador Décio Notarangeli, manteve a improcedência de indenizatória apontando como prova de convencimento a análise técnica do prontuário do paciente, no qual se revelou que a doença progrediu em razão da negativa do autor em submeter-se aos procedimentos de exame, assim como a cirurgia.

Alegação de indevida demora na realização de cirurgia de urgência. Análise de prontuário médico que revela recusa, por anos, a submeter-se a procedimento cirúrgico. Agravamento do quadro clínico e consequente sofrimento que não podem ser imputados ao Estado. Inexistência de nexos causal entre a ação administrativa e o resultado danoso. Dever de indenizar inexistente. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2018).

Em recurso de apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a 6.<sup>a</sup> câmara cível acolheu o voto do relator Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, que com base em prontuário do paciente negou provimento ao pedido da parte autora para lhe conceder procedência em pleito indenizatório.

No caso, a parte autora ingressou com ação indenizatória sob argumento fático de que, quando buscou o posto médico local, a médica, ao lhe atender, lhe deu a falsa notícia de que seria portador do vírus HIV, fato que causou abalo psicológico de grande repercussão.

Inobstante os argumentos fáticos utilizados pelo paciente, com base no prontuário médico o relator do apelo atestou que a médica não teria informado resultado falso ao requerente, mas sim solicitado um novo teste de HIV. Vejamos trecho do voto:

Todavia, em sua peça de defesa, a requerida alegou que: “nunca foi declarado ou afirmado que o contestado era portador de HIV” (f. 44), mas que diante de dúvida gerada em razão do prontuário do paciente, sugeriu a repetição de exame de sorologia de HIV, sendo adotadas as medidas necessárias para segurança do próprio paciente, apesar de esse ter se mostrado alterado em razão do pedido de realização de novo exame. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2018).

No presente julgado é importante destacarmos a força probatória do prontuário do paciente quando bem elaborado. Note que o documento em análise foi capaz de alterar os fatos narrados pelo autor da demanda, fator que é suficiente para demonstrar o grande destaque que o prontuário do paciente deve ter ao ser elaborado.

### 3 NOTAS CONCLUSIVAS

Inequívoca a responsabilidade civil do médico no dever de informação ao paciente, sendo indispensável que relate para a pessoa em tratamento e familiares as opções disponíveis para seu caso, assim como as consequências esperadas de cada tratamento disponível.

A importância de tais dados obrigatoriamente compor o prontuário do paciente não se limita a sua condição de documento histórico e científico, mas também à defesa do médico e demais profissionais e instituições da saúde em casos de demandas judiciais ou até mesmo no processo administrativo.

Os obstáculos ou dificuldades para ingressar com demandas judiciais a cada ano estão menores, fator que atrai maior número de pessoas aos escritórios de advocacia, assim como aos defensores públicos.

Conforme explorado no capítulo 1.5 (a prova no processo civil) deste trabalho, o processo tem seu início mediante uma reclamação que naturalmente traduz um direito subjetivo que se origina em regra por um ou mais fatos. No entanto, para todo fato alegado haverá que se produzir prova.

Prova é um elemento material carregado ao processo com a intenção de convencer o juiz da causa em favor da tese alegada, ostentando ainda a condição subjetiva de induzir o julgador da existência ou não do fato alegado.

Em tal aspecto de convencimento do juiz, o médico, quando demandado, terá no prontuário do paciente importante prova das ocorrências no tratamento em debate, sendo imprescindível que referido documento ostente minuciosamente o desenrolar do tratamento.

O prontuário do paciente, quando devidamente elaborado, sem rasuras, respeitando a ordem cronológica, legível e com fichas e resultados de exames anexados, torna-se uma prova que dificilmente será desconstituída pela parte reclamante, como vimos nos acórdãos citados no capítulo 1.6.1 (O prontuário do paciente nos tribunais).

Nesse aspecto de credibilidade como prova no processo civil, o prontuário eletrônico alcança destaque, uma vez que não permite alterações nas informações após inseridas, desde que se trate de plataforma certificada conforme a legislação pertinente.

Entretanto, como bem afirmam as decisões judiciais, no caso de inexistência do prontuário ou de má elaboração, tais como a condição de documento ilegível, omissão de fichas e exames do paciente, relatos desconcatenados, desobediência a ordem cronológica, ou qualquer outra falha na sua elaboração, o prontuário pode prejudicar a defesa do médico e induzir o julgador ao convencimento dos fatos alegados pelo autor, independentemente de culpa ou erro no procedimento.

A relação entre médico e paciente assume muitas vezes uma natureza íntima e somente um prontuário bem elaborado poderá garantir ao profissional uma proteção em caso de futuras demandas, razão que justifica que, mesmo em se tornando algo frio, deve o médico cotidianamente interpretar o prontuário do paciente como peça de defesa em caso de uma demanda judicial no futuro.

A graduação não prepara o médico para tal relação, sendo necessário que este busque se adequar no curso de sua carreira, fator de grande desafio não somente para os médicos como também para os operadores do Direito que laboram na sua defesa e assessoria jurídica.

É possível extrair do trabalho que os cuidados na elaboração do prontuário do paciente assumem um papel muito mais de precaução no cenário atual, pois, após ajuizada a demanda, não há mais como sanar uma eventual falha perpetuada no prontuário do paciente.

Há que se promover um trabalho de conscientização do médico, uma mudança na sua cultura, em que muitos desprezam a atenção ao preenchimento do prontuário por desconhecer o quão importante é tal documento para sua carreira.

Tal alteração de comportamento não se limita simplesmente ao correto preenchimento do prontuário médico, mas à desmistificação de que a minuciosidade pode de alguma forma ser prejudicial ao médico, pois, conforme o presente estudo mostrou, havendo um prontuário do paciente bem elaborado, os tribunais têm conferido ao documento notável relevância.

## REFERÊNCIAS

- BOLESIN, I.; BONAMENTE, J. M.; COLUSSI, J. Prontuário médico do paciente como prova no processo judicial de erro de saúde. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, Recife, v. 93, n. 1, p. 260 ± 277, Abril 2021. ISSN 2448-2307. Disponível em: <Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249662>>. Acesso em: 05/02/2022.
- BRASIL. **Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, 10/01/2002.
- BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor., 1990.
- BRASIL. **Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018a.
- BRASIL. **Lei n.º 13.787 de 27 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. 2018b.
- BUENO, C. S. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. único.
- CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.821. Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2007.
- CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 2.056/2013. Disciplina os departamentos de Fiscalização nos Conselhos Regionais de Medicina, estabelece critérios para a autorização de funcionamento dos serviços médicos de quaisquer naturezas, bem como estabelece critérios mínimos para seu funcionamento, vedando o funcionamento daqueles que não estejam de acordo com os mesmos. Trata também dos roteiros de anamnese a serem adotados em todo o Brasil, inclusive nos estabelecimentos de ensino médico, bem como os roteiros para perícias médicas e a organização do prontuário de pacientes assistidos em ambientes de trabalho dos médicos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013.
- CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.638. Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002.
- CFM. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018. **Código de Ética Médica**, 2018.
- DANTAS, E.; CHAVES, M. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida**: Comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. ISBN 978-85-9524-024-7.
- FERNANDES, M. S. **Prontuário eletrônico e a lei geral de proteção de dados**. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/340202/prontuario-eletronico-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 05 fev. 2022.

FRANÇA, G. V. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koo-  
gan, 2019. 229p. ISBN 978-85-277-3523-0.

FRANÇA, G. V. de. **Direito Médico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 978-85-309-9218-  
7.

LOJKINE, J. **A revolução informacional**. São Paulo: Cortez, 1995. ISBN 85-249-0554-9.

SOUZA, R. T. de Puy e. **Documentos médicos comentados**. São Paulo: Lujur, 2021. ISBN 978-65-  
87382-09-8.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial n.º 1.698.726**. 2021.

TARTUCE, F. **Manual de responsabilidade civil**. São Paulo: Método, 2018. único. ISBN 978-85-  
309-8220-1.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense,  
2018. I. ISBN 978-85-309-7775-7.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação cível n.º 0105270-77.2013.8.13.0209**.  
2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação n.º 0005616-61.2011.8.26.0198**. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação n.º 0020030-92.2003.8.26.0053**. 2016.

## Alimentos gravídicos para fetos anencefálicos

Aurélio Conrado de Souza<sup>1</sup>

### RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é apresentar o direito aos alimentos gravídicos dos nascituros anencefálicos. Os objetivos específicos consistem em mostrar a condição do nascituro diante da lei e dos parâmetros brasileiros, evidenciar o direito de escolha da gestante de prosseguir a gravidez de feto anencefalo e mostrar que o Direito se respalda na realidade social e nas inovações de mundo para agir. O estudo é de cunho bibliográfico, valendo-se de pesquisas acadêmicas, livros de referência e textos de lei, com maior predominância. A partir da análise do material usado, pode-se concluir que, quando não há menção explícita no texto legal sobre determinado tema, o legislador age em conformidade com princípios e costumes que defendem o ser humano e as expectativas do que possa vir a ser uma pessoa; também, como resultado, evidenciou-se que o nascituro anencefálico, mesmo nesta condição, é expectador de prerrogativas e tem direitos postos a salvo. Esta pesquisa visa contribuir trazendo conceitos e discussão que sensibilizem tanto a sociedade quanto o meio acadêmico diante das gestantes que optam por continuar a gestação de anencefalos.

Palavras-chave: Concepturo. Anencefalia. Direitos. Alimentos gravídicos. Liberdade de escolha.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito.

## ABSTRACT

The general objective of this research is to present the right of anencephalic unborn children to pregnant women. The specific objectives are to show the condition of the unborn child before the law and Brazilian parameters, highlight the right of choice of the pregnant woman with an anencephalic fetus and show that the Law is supported by social reality and innovations in the world. The study is of a bibliographic nature, making use of academic research, reference books and law texts, with greater predominance. From the analysis of the material used, it can be concluded that, when there is no explicit mention in the legal text on a certain topic, the legislator acts in accordance with principles and customs that defend the human being and the expectations of what may become a people; also, as a result, it became evident that the anencephalic unborn child, even in this condition, is a spectator of prerogatives and has rights protected. This research aims to contribute by bringing concepts and discussion that sensitize both society and the academic environment towards pregnant women who choose to continue the pregnancy of anencephalic patients.

Keywords: Concept. Anencephaly. Rights. Pregnancy Foods. Freedom Of Choice.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos próprios do nascituro fazem parte de debates nas diversas esferas sociais. No âmbito jurídico tem direcionamento especial. O nascituro é o que não nasceu, mas é um ser já concebido, ainda que dentro do corpo da genitora. O exercício dos seus direitos como pessoa jurídica se vigora após o nascimento com vida.

O nascituro pode ser denominado como o concebido que não nasceu ainda, mas tem determinada personalidade formal na vida intrauterina, obtendo personalidade jurídica material, em que alcança prerrogativas patrimoniais, com o nascimento com vida. Assim, o nascituro está por nascer e tem direitos postos a salvo pela lei.

A questão levantada na pesquisa consiste em: será que o nascituro na condição de anencefálico tem direitos, prerrogativas, é abrangido pelo direito aos alimentos gravídicos? Assim, o objetivo geral desta pesquisa é apresentar o direito dos nascituros anencefálicos aos alimentos gravídicos. Os objetivos específicos consistem em mostrar a condição do nascituro diante da lei e dos parâmetros brasileiros, evidenciar o direito de escolha da gestante de feto anencefalo e mostrar que o Direito se respalda na realidade social e nas inovações de mundo.

Sabe-se que há na legislação várias lacunas e junto a estas várias teorias que buscam validar, determinar ou influenciar decisões. O tema em questão baliza a possibilidade de variadas concepções sobre o ponto de início da vida e outros fundamentos para defender o direito aos alimentos gravídicos ao nascituro.

Percebe-se que a lei se renova em consonância com o contexto, com as modificações de mundo, com os atores que surgem, seus valores e ideais, ainda considera a dinamicidade da ciência. Diante dessas constâncias, o legislador precisa se valer de respaldos que não se limitem em religião ou filosofia, e, sim, que compreenda um posicionamento holístico.

## 2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS PARA FETOS ANENCEFÁLICOS

Várias são as abordagens em volta do desenvolvimento de uma acepção referente à ocasião exata em que o ser humano se estabelece como ente. Desse modo, pode-se apontar, conseqüentemente, a possibilidade de muitos começos da vida humana, a depender da teoria usada para o estabelecimento do início da vida individual. Os desacordos sobre onde se dá o início da vida se notam no campo científico, todavia se manifestam, igualmente, nas esferas religiosas e filosóficas.

Em se tratando da personalidade jurídica, esta se vincula ao nascimento com vida, buscando colocar o nascituro como incapaz de ter direitos e obrigações próprios, ou seja, de apresentar personalidade jurídica caracterizada, sendo determinado, desse modo, um afastamento que aparenta não superar o significado entre concebido e o de pessoa humana, em conformidade com Roman (2019). Entretanto, ainda o nascituro como um ente despersonalizado, ele possui condição de sujeito de direito, pois, “assim como o espólio, o condomínio, a massa falida, que são entes despersonalizados, que exercem direitos e satisfazem obrigações” (ROMAN, 2019, p. 15), o sujeito de direito pode ser titular e portador de direitos e obrigações. Apesar disso, de modo controverso, no CC, artigo 2º, são

conferidos direitos ao nascituro, permitindo interpretação distinta sobre a norma, originando, assim, as bases teóricas concepcionistas, personalidade condicionada e natalista.

Segundo Madaleno (2018), existem três doutrinas que buscam identificar o início da personalidade, perante o artigo 2º do CC: corrente natalista, teoria concepcionista e teoria da personalidade condicional. A primeira dispõe que somente a partir do nascimento há existência de vida, não tendo o nascituro personalidade, mesmo a lei protegendo os direitos deste desde a concepção. A segunda – concepcionista – considera o nascituro como pessoa, defendendo que desde a concepção há personalidade e direitos. A terceira – condicional – diz que o nascituro tem personalidade desde a formação, mas os direitos somente são condicionados ao nascimento com vida.

No Brasil, de acordo com Madaleno (2018), há influência da corrente natalista quando há afirmação de o nascituro não ter personalidade jurídica, dependendo do nascimento com vida. Entretanto, há determinada prevalência da teoria concepcionista, também, no que tange ao reconhecimento de direitos do nascituro, como o da alimentação, expresso na lei n. 11.804/08.

Já as distintas bases científicas, consoante Couto (2021), se embasam em argumentos diferentes para validar o início da vida: quando o óvulo e o espermatozoide se encontram (fecundação); com a fixação do embrião no útero da mãe (nidação); o início da constituição do sistema nervoso central; no momento em que há disposição de o feto existir sem a mãe; na existência de indicadores morais. Sobre este último, toda crença deve ser levada em consideração. Entretanto, em um Estado que preza pela laicidade, o Direito e a Ciência prevalecem. Dessa forma, a medicina auxilia a situar o início da vida humana.

Sabe-se que a CF não permite que o direito à vida seja violado, mesmo não veiculando concepção normativa de vida humana nem o marco inicial e final desta, abrindo espaço ao legislador para validar o assunto. Ainda que o texto constitucional não fale sobre o ponto em que se inicia a vida, há três alicerces normativos para validar, de maneira jurídica, o começo da vida humana.

Um dos alicerces é o Pacto de San José da Costa Rica, que protege a vida desde o momento da concepção. Dispõe de o direito de toda pessoa ter sua vida respeitada. É uma prerrogativa que precisa ser protegida pela lei e ser levada em consideração desde o primeiro instante da concepção da vida, esse é o entendimento trazido pelo artigo 4º, 1, do Tratado Internacional. O Pacto reconhece a implantação do embrião no útero, fenômeno denominado nidação, como a ‘concepção’. “Em outras palavras, a concepção prevista no art. 4.1 do Pacto de San José é sinônimo de nidação, quando para efeitos convencionais se inicia a vida humana” (COUTO, 2021, p. 545).

O outro alicerce é determinado no Código Civil, protegendo o direito à vida e considerando os direitos do nascituro desde a concepção, quando afirma que, por lei, o nascimento com vida configura a personalidade civil do indivíduo, entretanto os direitos do nascituro são postos a salvo, de acordo com o artigo 2º do Código Civil. “Nascituro para a doutrina civilista é o ser humano concebido em desenvolvimento no útero materno, o que, portanto, pressupõe a nidação – implantação do embrião no útero materno” (COUTO, 2021, p. 542). Vale ressaltar que o embrião se implanta no útero por completo no 14º dia depois da fecundação.

A outra base jurídica que valida o começo da vida humana é a lei de transplantes, estabelecendo, de modo jurídico, o significado de morte no contexto brasileiro como sendo a morte encefálica, segundo Brasil (1997), havendo ou não funcionamento cardiorrespiratório. Com base na lei de transplantes, sendo diagnosticada a morte encefálica, há possibilidade, diante do respaldo legal, de remover órgãos, partes e tecidos do corpo. Assim, nos termos jurídicos, essa condição define o final da vida.

Fica o funcionamento encefálico como base para constatar a vida humana, servindo como limite da iniciação da vida. “Se a vida humana se extingue quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou pelo menos começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação.” (COUTO, 2021, p. 554).

Nota-se que há várias considerações teóricas de cunho científico que tentam determinar o sentido bioético do começo da vida, assim, há espaço para o intérprete, sem vínculo com bases religiosas ou confeccionais, escolher a vertente que respeite e se amolde aos direitos fundamentais dos indivíduos, com objetivo de tornar válido o significado real da dignidade humana e tornar sólidos os manifestos constitucionais e internacionais que são reconhecidos prerrogativas básicas frente ao direito à vida.

De acordo com o STF (2012), existem vários ramos científicos que visam definir a bioética do início da vida, permitindo, a quem interprete a lei, sem vínculos religiosos ou confeccionais, escolher o conceito que melhor se incorpore ao interesse público e que mantenha respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos, tendo por objetivo entregar valor real ao princípio da dignidade humana e conferir base sólida aos manifestos constitucionais que têm, como direitos basilares de qualquer sujeito, “o direito à vida, o direito à saúde e o direito à liberdade” (STF, 2012).

É proclamado na Constituição Federal o direito à vida como inviolável, entretanto não há uma explicitação no texto sobre o significado de vida em parâmetros normativos, como também não há determinação do início e fim da existência do indivíduo, abrindo margem válida ao legislador para interpretação. Nesse sentido, o artigo 4º da lei de introdução às normas do Direito brasileiro afirma que a analogia, os costumes e princípios serão a base para o juiz agir quando houver omissão da lei em determinados casos. Complementando com o artigo 5º da mesma norma, as demandas voltadas ao bem comum e os fins sociais aos quais a lei se direciona devem ser atendidos pelo juiz.

O direito como protetor do ser humano e a objetividade daquele considera os direitos do nascituro, que estão salvaguardados legalmente, abrangendo cautelas e precauções, com a finalidade de conservar direitos que o concepturo venha a ter ao nascer com vida. Enquanto não nasce, é titular de expectativas de direito.

Em conformidade com Madaleno (2018), é irrefragável o nascituro não ter personalidade, não obstante ter titularidade de direitos postos a salvo pregados no Código Civil, especificamente no artigo 2º, e em outros dispositivos com extenso sentido social e técnico. Segundo Matos (2019), em decorrência de determinados direitos, que não podem ser ameaçados, parte da doutrina coloca o nascituro como detentor de personalidade jurídica, podendo somente a morte extinguir tal personalidade.

Madaleno (2018) afirma que personalidade e capacidade são duas coisas diferentes, sendo a primeira um atributo de ser titular de direito, enquanto a segunda consiste em extensão maior ou menor dos direitos dos indivíduos. A personalidade jurídica singular, consoante o autor, é do sujeito humano e tem início no nascimento; entretanto, o que está em processo de gestação uterina, mesmo não sendo um sujeito natural, visto que ainda não nasceu, é sujeito de direito despersonalizado, detendo os direitos observados em lei somente se nascer com vida, tornando-se titular de direitos definidos pela lei a partir da sua concepção, como um procedimento retroativo.

A personalidade civil consiste no atributo legal protegido do sujeito, natural ou jurídico, com a finalidade de lhe atribuir direitos e obrigações. A personalidade é o bem principal do indivíduo e pode ser determinada como uma conjuntura de atributos próprios como direitos revertidos de subjetividade e intrínsecos, como honra, identidade e liberdade, havendo tutela pelos variados âmbitos jurídicos, especialmente pelo preceito constitucional.

As prerrogativas de personalidade resguardam a dignidade da pessoa humana, protegendo-a de ataques de outras pessoas. É preciso que se distinga personalidade de capacidade, e, apesar de o nascimento ser base jurídica importante, o nascituro existe como pessoa e tem relevância para o Direito, pois há atribuição de personalidade por parte da lei ao nascituro “tal qual todo ser humano goza de personalidade própria, única, exclusiva, apesar de para o nascituro, só a partir do nascimento com vida se estabelecer sua capacidade de exercício de direitos” (MADALENO, 2018, p. 1200).

A partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, determina-se a individualidade biológica de um indivíduo, que detém genética distinta e única, obtendo o indivíduo pré-nascido título dos direitos de personalidade mais importantes. A expressão mais clara disso se configura em haver direitos subjetivos ao nascituro, como na ocorrência de sucessão ou doação, significando existir, a partir da concepção, personalidade jurídica, havendo desconsideração caso nasça sem vida. Assim, o ser que acaba de nascer possui personalidade jurídica desde o momento da concepção, e sua personalidade será extinta caso ele venha a óbito, havendo desconsideração retroativa daquela se a morte ocorrer antes do nascimento.

O concepturo, denominado nascituro, por estar no ventre de uma mulher, podendo esta ser sua genitora ou não, ou mesmo como um embrião no espaço laboratorial, desenvolvendo-se in utero, tem personalidade jurídica. Deste modo, o ser humano concebido é possuidor de personalidade e de direitos, tendo capacidade para exercer estes se nascer com vida.

Vale ressaltar outras prerrogativas que são conferidas ao nascituro, como a possibilidade de receber doações, constante no artigo 542 do CC, a de ser reconhecido, firmado no parágrafo único, artigo 1.609 do mesmo código, a de receber herança, configurado no artigo 1.798 do CC. São alguns dispositivos que validam a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, em que são colocados a salvo os direitos do nascituro desde a concepção deste. Percebe-se, assim, a dignidade humana alcançando os nascituros.

Nota-se que o nascituro, mediante a lei, possui direitos, sendo um destes os alimentos gravídicos. Esse direito se liga à mulher gestante e compreende valores para cobertura de despesas do tempo de gravidez e o que desta decorrer, desde a concepção até o parto, abrangendo nutrição especial,

auxílio médico e psicológico, exames complementares, internamentos, parto, medicações e outras determinações preventivas e terapêuticas imperativas, sob indicação médica, além de outras que o juiz avalie imprescindíveis, consoante Brasil (2008).

O artigo 6º da lei n. 11.804/08 apresenta que o juiz, convencido de sinais da paternidade, determinará alimentos gravídicos que terá duração até a criança nascer, avaliando as precisões da parte autora e as condições da parte ré. Em conformidade com Madaleno (2018), o nascituro tem necessidade de alimentos e a alimentação deste ocorre por meio correto de a mãe se alimentar. Desse modo, a prestação de alimentos à mãe é a prestação de alimento ao filho.

Segundo o STJ (2013), são presumidos consumidos os alimentos pagos, razão pela qual não há como restituí-los, configurando-se em princípio da observância obrigatória. Este “deve orientar e preceder a análise dos efeitos das sentenças proferidas nas ações de revisão de verbas alimentares” (STJ, 2013). Vale ressaltar que o pleito por exonerar ou revisar os alimentos não exclui o devedor de prestá-los continuamente até que haja o ato decisório a partir do trânsito em julgado.

O devedor pode apelar para revisão ou exoneração da sentença com finalidade suspensiva. De todo modo, no tempo em que decorrer a ação revisional/exoneratória, deve haver o pagamento da alimentação, sendo a exceção de antecipação de tutela que suspenda a prestação. Dessa forma, a lei conferiu o benefício da dúvida ao alimentado, assegurando-lhe meios para suprir suas necessidades por meio do credor.

Nesse passo, transitada em julgado a sentença revisional/exoneratória, se, por qualquer motivo, não tiverem sido pagos os alimentos, a exoneração ou a redução terá efeito retroativo à citação, por força do disposto no art. 13, § 2º, da Lei 5.478/1968, não sendo cabível a execução de verba já afirmada indevida por decisão transitada em julgado. Esse “qualquer motivo” pode ser imputável ao credor, que demorou ajuizar ou dar andamento à ação de execução; ao devedor que, mesmo sujeito à possibilidade de prisão, deixou de pagar; à demora da tramitação da execução, devido ao congestionamento do Poder Judiciário; ou à concessão de liminar ou antecipação de tutela liberando provisoriamente o alimentante. Assinale-se que não foi feita ressalva à determinação expressa do § 2º do art. 13 da citada lei, segundo o qual “em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação”. Isso porque a alteração do binômio possibilidade-necessidade não se dá na data da sentença ou do respectivo trânsito em julgado. Esse alegado desequilíbrio é a causa de pedir da ação revisional e por esse motivo a lei dispõe que o valor fixado na sentença retroagirá à data da citação. A exceção poderá dar-se caso a revisional seja julgada procedente em razão de fato superveniente ao ajuizamento da ação, reconhecido com base no art. 462 do CPC, circunstância que deverá ser levada em consideração para o efeito de definição do termo inicial dos efeitos da sentença. Nessa linha intelectual, especialmente em atenção ao princípio da irrepetibilidade, em caso de redução da pensão alimentícia, não poderá haver compensação do excesso pago com prestações vincendas. Essa solução afasta o enriquecimento sem causa do credor dos alimentos, porque o entendimento contrário - sentença de redução ou exoneração dos alimentos produzindo efeitos somente após o seu trânsito em julgado - ensejaria a inusitada consequência de submeter o alimentante à execução das parcelas pretéritas não adimplidas (por qualquer razão), mesmo estando ele amparado por decisão judicial transitada em julgado que diminuiu ou até mesmo eliminou o encargo, desfecho que configuraria manifesta negativa de vigência aos arts. 15 da Lei 5.478/1968 e 1.699 do CC/2002 (correspondente ao art. 401 do CC/1916). Por fim, destaca-se que a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de ser possível a

fixação de alimentos provisórios em ação de revisão, desde que circunstâncias posteriores demonstrem a alteração do binômio necessidade/possibilidade, hipótese em que o novo valor estabelecido ou a extinção da obrigação devem retroagir à data da citação. (STJ, 2013, p. 2).

De acordo com Armelina, Fernandes e Veronese (2017), há prevalência do princípio da irrepetibilidade protegendo o nascituro e a mãe deste em relação ao risco de enriquecimento sem causa. Mesmo havendo possibilidade de responsabilização, em situação extrema, da agente do ato por culpa ou dolo, tal responsabilização não consiste em “uma exceção ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos; implica, sim, uma indenização”. (ARMELINA; FERNANDES; VERONESE, 2017, p. 1).

Levando em consideração tanto o que diz o Pacto São José da Costa Rica sobre a proteção do ser desde sua concepção quanto o que diz o Código Civil referente a pôr a salvo os direitos dos nascituros, é importante ressaltar o direito à maternidade, que é colocado como um direito social, de acordo com a Constituição Federal de 1988, e a garantia de nutrição adequada e atenção humanizada à gravidez, disposta no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Matos (2019), a mulher grávida é a legitimadora para solicitar os alimentos gravídicos, ou seja, a gestante tem a titularidade, pois é parte ativa na demanda. E os alimentos só cessam caso haja interrupção da gravidez. Vale ressaltar que a criança somente ganha a titularidade depois do nascimento, entretanto, como ainda não nasceu, não tem a titularidade, mas é reconhecida a necessidade de nutrição do nascituro, o que lhe confere determinado direito.

Para reforçar a tese de reconhecimento dos direitos do nascituro sobreveio a Lei n. 11.804, de 05 de maio de 2008, com o estabelecimento dos alimentos gravídicos, que doutrina e jurisprudência já admitiam, *reconhecendo o direito de alimentos ao nascituro*, embora determine ser da mãe a titularidade da ação, e não do nascituro, *a lei guarda o mérito de reconhecer a necessidade de assistência de quem, estando por nascer, não pode esperar nascer com vida para ser credor de alimentos*, apenas porque durante sua gestação não teria personalidade, que estaria condicionada a nascer com vida para pertencer ao mundo. Tampouco foi diferente a orientação de proteção à gestante, ordenada pelos artigos 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao destacar ser a criança e o adolescente credores de proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, sendo assegurado, igualmente, através do SUS, o atendimento pré e perinatal. (MADALENO, 2018, p. 1203, grifo nosso).

Considera-se a imprescindibilidade de alimentos para que o feto se desenvolva saudável, como também a presença de nutrientes para não comprometer a saúde da mãe. A contribuição do pai diante do quadro de gravidez da mulher tem ressalva no direito à vida, pela Constituição Federal, precisamente no artigo 5º, firmando-se como um direito fundamental. No período da gravidez a mulher é submetida a exames, realiza pré-natal, para verificar o estado do feto. Caso necessite, o pai do nascituro também arca com tais despesas.

Por meio dos exames em que se verifica o estado de normalidade da gravidez e alterações, também é como se constatar casos em que o feto seja anencéfalo. Nessa situação, em específico, gra-

videz anencefálica, a mulher tem a garantia, convencionada na ADPF<sup>2</sup> (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 54, de interromper a gestação. A sua opção pela interrupção ou não se vale no respeito à dignidade humana. “Baseia-se assim, no livre convencimento subjetivo que não rara as vezes se liga às crenças e religião a qual a gestante pertence, e também ao direito de escolha” (PENHA, 2012, p. 15).

No caso de a gestante, mesmo sabendo da gravidez anencefálica, indiciar o pai ou suposto pai do nascituro a pagar os alimentos gravídicos, aquele fica vinculado à obrigação. Mesmo sabendo que a morte no filho é certa, o pai não fica isento do pagamento de alimentos enquanto a morte daquele não ocorrer de fato e, utilizando-se dos preceitos do princípio da solidariedade familiar, precisará colaborar, mesmo que não haja viabilidade de vida para o feto.

Mesmo para os teóricos seguidores da ideia de que o nascituro nessas condições não passaria de um natimorto, se a mulher quiser vivenciar até o nono mês de gestação essa experiência, o suporte quanto aos alimentos e possíveis acompanhamentos psicológicos devem ser disponibilizados pelo suposto pai, já que esta estará disposta de seu próprio corpo e enfrentando possíveis riscos de morte. Uma vez comprovada a inadimplência do alimentante em favor do alimentado, pode o “suposto pai” sofrer prisão civil, conforme disposição trazida e incorporada no sistema jurídico brasileiro pelo Pacto de São José da Costa Rica. Não há fundamento para acreditar que assim estaria sendo omitida a aplicação do princípio da Ampla Defesa. Esse princípio seria sim parcialmente mitigado à medida que se preza a incidência de outros valores, como a dignidade da mulher e seu direito de escolha. Essa mitigação ou relativização do princípio da Ampla Defesa ocorre, por certo modo, derivada de um “dolo eventual” ao qual o homem assumiu o risco de obter o resultado gravidez: a partir do momento em que homem e mulher mantêm relações sexuais sem sombra de dúvidas a gravidez pode ocorrer, mesmo utilizando métodos anticoncepcionais. Uma vez indiscutível o liame de nexos de causalidade criado em relação ao homem, este possui sim responsabilidade. (PENHA, 2012, p. 15).

Evidencia-se que junto com a escolha da mulher de continuar a gravidez de feto anencéfalo há também outras prerrogativas, que incluem o suporte de alimentação e de outros elementos pagos pelo pai do nascituro. A ampla defesa não é garantida ao pai inadimplente nesse caso em questão, visto que o direito de escolha de prosseguir a gravidez anencefálica da mulher e a dignidade desta são os cerne dentro desse assunto.

De acordo com Cãnedo, Santana e Vecchi (2016), a anencefalia é uma falha no fechamento do extremo anterior do canal neural. Pode haver uma subdivisão da anencefalia em merocrania e holocrania. Na primeira, há afetação do cérebro anterior e do crânio, mas algumas funcionalidades vegetativas são conservadas. No segundo, os ossos do crânio e a parte superior do cérebro têm falha no fechamento. Consoante Brasil (2014), a partir de 12 semanas de gestação, há possibilidade de diagnosticar a anencefalia.

---

2 “Ação de controle concentrado de constitucionalidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Sendo assim, é uma ação que tem como finalidade o combate a quaisquer atos desrespeitosos aos chamados preceitos fundamentais da Constituição” (FIGUEIREDO, 2021), em que os legitimados para propor estão no artigo 103 da CF.

Em conformidade com Couto (2021), a definição de anencefalia, na bibliografia médica, é determinada pela má-formação fetal congênita, em que há deformidade no fechamento do tubo neural no período da gravidez, de maneira que os hemisférios cerebrais e o córtex não existem no nascituro, apresentando somente resíduo do tronco encefálico. Não há compatibilidade da anencefalia com a vida fora do útero, havendo fatalidade em 100% das situações. Depois do diagnóstico da anencefalia, a ciência médica nenhuma providência pode tomar para salvar o nascituro, tanto que este é denominado feto inviável. A mãe, além de poder optar por prosseguir ou não a gestação, pode permitir, em conformidade com o artigo 3º da lei 9.434/97, o transplante de tecido e órgãos do nascituro.

Mesmo anencéfalo, o nascituro faz parte da espécie humana. Embora não se trate de vida humana, não pode ser considerado um objeto ou elemento qualquer. Deve ser aplicada a ele a dignidade da espécie humana, conforme Couto (2021). Entretanto, versando-se sobre feto anencéfalo, ainda há prevalência dos direitos da grávida, que são tratamento digno, liberdade de escolha e saúde.

A anencefalia seria mais bem definida como falha no fechamento do tubo neural entre a terceira e a quarta semanas de gestação (entre 23º e 26º dia do embrião), resultando na ausência total ou parcial da calota craniana (crânio e couro cabeludo) e do cérebro<sup>3,5</sup>. Com efeito, embora o termo “anencefalia” (do grego an, “sem”, e enkephalos, “encéfalo”) seja comumente usado, trata-se de termo enganoso, pois o encéfalo – que por definição anatômica é a parte do sistema nervoso central localizado no crânio, constituído de cérebro (telencéfalo e diencéfalo), cerebelo e tronco encefálico (mesencéfalo, ponte e bulbo)<sup>6</sup> – não está completamente ausente, haja vista que tronco encefálico, cerebelo, diencéfalo e partes do telencéfalo estão em geral presentes. A etiologia exata da anencefalia e outros DTN, como meningomieloclele ou espinha bífida, é ainda desconhecida. No entanto, é sabido que condições ambientais, status socioeconômico e influência genética (mutação de metilenotetrahidrofolato redutase; alteração na regulação de microRNA, via mitogen-activated protein kinase – MAK) são alguns dos fatores que podem levar a esses. (CÂNEDO; SANTANA; VECCHI, 2016).

Em pesquisas e estudos realizados por Cãnedo, Santana e Vecchi (2016), percebeu-se que os médicos tendem a considerar um ser vivo o anencéfalo, entretanto não compatível com a vida, por conta da curta sobrevivência, possivelmente. Isso é refletido no procedimento seguido pelos médicos perante um recém-nascido anencéfalo, visto que a maior parte daqueles realizam reanimação e usam suporte avançado, conforme as regras de atendimento padrão ao recém-nascido.

Em conformidade com o Ministério da Saúde, por meio da cartilha de atenção às mulheres com gestação de anencéfalos, publicada em 2014, a gestante, na situação de o nascituro ser anencéfalo, pode realizar a interrupção da gestação ou a antecipação terapêutica do parto se desejar. A vontade dela deve ser respeitada. É importante frisar que o médico tem obrigação de manter a mulher ou adolescente gestante informada, e a atuação dele deve se respaldar no esclarecimento à gestante e no consentimento desta.

É proibido que o profissional da saúde e/ou psicólogo opine na decisão da gestante sobre continuar ou interromper/antecipar o processo terapêutico do parto, todavia tem a obrigação de apresentar opções plausíveis, riscos intrínsecos à interrupção ou à manutenção da gravidez, direcionando uma reflexão bem instruída. Independentemente da escolha da mulher, o profissional não deve julgar

nem gerar preconceitos, precisa, sim, desempenhar sua competência de modo empático, para melhor auxiliar aquela.

Segundo Brasil (2014), o casal e/ou a mulher não devem ser pressionados por manter ou interromper a gravidez, podendo decidir a qualquer tempo e ter garantido o respeito. Outra questão importante: à gestante precisa ser ofertado atendimento com profissional da saúde mental, seja qual for a decisão dela referente ao rumo da gravidez.

Se for decidido que a gravidez siga, não seja interrompida, a mulher continuará tendo acompanhamento pré-natal com o grupo multidisciplinar até o parto e o puerpério. Ela deve ser acolhida e acompanhada, de preferência, pelo serviço de pré-natal de alto risco, continuando vinculada ao atendimento de atenção básica do território em que reside. De todo modo, o padrão de técnica de gestação de alto risco do Ministério da Saúde em vigor precisa ser adotado.

A equipe deve respeitar e proporcionar condições para atender à decisão do casal sobre a vivência deste momento (plano de parto com os procedimentos desejados, forma e rituais de recepção do feto, entre outros. O parto de anencéfalo implica assistência obstétrica qualificada, com atenção particular ao período expulsivo, uma vez que são comuns as apresentações de face ou pélvica. A via de parto, preferentemente vaginal, será por indicação obstétrica. A vigilância do terceiro estágio deverá ser reforçada, com atenção à hemorragia pós-parto. (BRASIL, 2014).

Percebe-se que a continuidade da gestação em que há o caso de anencéfalo não depende da autorização do Estado ou da lei, mas, sim, da escolha da gestante e/ou casal. É uma decisão que merece respeito, e isso independe de justificativa daqueles. Leva-se em consideração que, na maioria dos casos, os pais têm se preparado para a chegada do filho, e saber que o filho tem essa condição leva a grandes traumas e problemas. Assim, é uma decisão muito delicada quando se opta por dar continuidade à gravidez.

Segundo o STF, por meio da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.54/DF (2012), que garante ser interrompida a gravidez de feto anencefálico, a mulher pode optar pela manutenção ou não da gestação de feto anencéfalo, preservando, assim, a liberdade de escolha. Vale ressaltar que o termo “optar” referente à escolha da gestante de continuar ou não a gestação aparece várias vezes no documento.

O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de *optar* pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, *legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação* (STF, 2012, grifo nosso).

Há legitimidade em a mulher continuar a gravidez em decorrência da autonomia privada desta, que é abrangida pelo princípio da liberdade. Complementando, é disposto no parágrafo 7º, artigo

227, da Constituição Federal, a livre decisão do casal sobre o planejamento familiar, pautando-se nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana. A restrição ao planejamento familiar se dá nas descon siderações especificadas, não menciona casal que tenha gestação de anencéfalos como impossibilitado de planejar uma família nessa situação, seja pelo tempo que for ou pela subjetividade dos sujeitos envolvidos.

O planejamento familiar consiste em um direito conferido a todo cidadão e é uma conjuntura de “ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996). Esse planejamento abrange uma visão holística de atendimento voltado à saúde integral.

Podendo o legislador decidir sobre situações que a lei não aborda expressamente, entra a preocupação se são devidos ou não alimentos gravídicos ao nascituro anencéfalo. Sabe-se que o exercício dos direitos depende de o ser nascer com vida, momento de apropriação da personalidade civil. Portanto, “há proteção dos direitos materiais futuros do nascituro, mas não há definição clara do que é vida para os fins do Direito Civil” (STF, 2012). O entendimento de vida a ser resguardada depende de noções não balizadas pelo Código Civil, podendo-se afirmar a existência de interesse jurídico no cuidado do nascimento com vida.

Brasil (2004), por meio da resolução que dispõe de autorização ética para a utilização de tecidos/e ou órgão de anencéfalos para transplante, com o consentimento prévio dos pais, evidencia entrelinhas a prerrogativa dos cuidados com o anencefálico, visto que considera os órgãos e tecidos deste viáveis para transplantes, mencionando a opção de os pais continuarem a gestação para doarem os órgãos e tecidos da criança. Fica evidente que a mãe precisa de cuidados, e a criança de ser nutrida para ter o desenvolvimento dos tecidos e órgãos destinados à doação.

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉMNASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. (STJ, 2017).

O nascituro pode pleitear alimentos provisórios diante do pai, sendo intermediado pela progenitora ou representante legal. Os pedidos de sustento e de assistência pré-natal são amparados por serem essenciais ao nascituro, mesmo sendo anencéfalo. Ora, se há previsão legal de a mulher poder seguir a gravidez tendo ciência de o nascituro ser anencefálico, se existe amparo legal para a mãe ser atendida por equipe multidisciplinar no pré-natal e pelo serviço de pré-natal de alto risco no caso de prosseguir a gestação de anencéfalo, e também de doar os órgãos e tecidos desse nascituro, como não haveria de os alimentos gravídicos não serem prestados?

Segundo Penha (2012), é preciso que se considerem duas situações importantes no âmbito jurídico para saber se há alimentos gravídicos para o nascituro anencefálico: a Lei de alimentos gravídicos, instituída em abril de 2012, e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Sabe-se que a grávida tem o direito de demandar a contribuição de pecúnia do suposto pai do nascituro demonstrada a necessidade e os indícios da paternidade, contribuição essa que se direciona tanto ao ser gestado quanto à gestante. E, referente à interrupção da gravidez anencefálica, ela tem a opção de não interromper e de ter acompanhamento pré-natal e de alto risco por equipe médica.

A lei que determina o pagamento de alimentos gravídicos é clara ao dizer que, até o nascimento da criança, perdurarão os alimentos gravídicos, considerando as precisões da mãe e a situação do pai. Se há determinação de os alimentos serem pagos pelo período estabelecido, não é possível interpretar de modo extensivo alegando o cabimento apenas ao que nascer com vida, ainda mais quando na mesma norma trata da conversão para pensão alimentícia após o nascimento com vida. Fica claro, então, a distinção de alimentos gravídicos e de pensão alimentícia em decorrência da configuração do momento em que ocorrem dentro de questões estabelecidas.

Sobre a situação patrimonial, se o anencéfalo respirar depois de nascer, será “considerado vivo, e por esse motivo terá direito à herança, que com o resultado morte direcionar-se-á aos ascendentes” (PENHA, 2012, p. 23). Entretanto, na maioria dos episódios, o anencéfalo não consegue respirar ao nascer, assim não havendo abordagem da questão patrimonial, pois, conforme a vertente da personalidade condicionada, a vida não foi adquirida, conservou-se na mera expectativa de direitos.

O princípio da solidariedade familiar é a base para a manutenção de alimentos e demais despesas para o nascituro. A finalidade do direito a alimentos é dispor à mãe os meios necessários para a subsistência do filho e dela própria, ambicionando o nascimento com vida ou o nascimento para dispor dos órgãos e tecidos da criança. Para tal, a gravidez precisa se desenvolver adequadamente, e isso depende da alimentação e também de medicamentos e atendimentos médicos, caso for preciso.

As inovações no mundo nem sempre têm expressa previsão no âmbito do Direito, mas sempre o ideal de justiça se liga com a realidade social, pois as mudanças apresentadas nesta são transmitidas ao Direito. Isso deve ser levado em conta na situação da conferência dos alimentos gravídicos diante da interrupção gestacional do nascituro anencéfalo.

### 3 CONCLUSÃO

A apropriação, ou melhor, a titularidade dos direitos é devida ao indivíduo que nasce com vida. Quando nascituro, tem expectativa de direitos, entretanto há prerrogativas que já lhes são conferidas, como os alimentos gravídicos. Como se viu, no decorrer da pesquisa, o direito a alimentos é de titularidade da gestante, mas ao nascituro é garantido, visto que a existência deste é o que configura a validade da norma.

Sobre o nascituro anencefálico poder pleitear ou não os alimentos gravídicos, inexiste uma regra que discorra sobre ele específica e explicitamente, porém, entrelinhas, firma-se a concepção

de que ele tem sim, visto que, com base na lei, a grávida de anencefálico pode continuar a gravidez, e, continuando, realizar normalmente o pré-natal, ter atendimento para gravidez de alto risco, ser atendida por equipe médica especializada e por psicólogos. Assim, há de se considerar que a pecúnia referente à alimentação também será direcionada a ela, pois carrega no ventre o nascituro que faz jus ao direito.

Outro ponto de relevância para considerar é o de que os alimentos gravídicos são direcionados ao momento de gestação, se houver nascimento com vida, automaticamente haverá pensão alimentícia. Ou seja, existe um marco temporal que determina o direito aos alimentos gravídicos, sendo que a lei não aborda a condição em que o nascituro deve estar para receber ou não, fala-se em momento gestacional. Assim, tanto a gestante quanto o nascituro têm esse direito.

## REFERÊNCIAS

ARMELINA, Lucas Ferreira Dell; FERNANDES, Matheus Manera; VERONESE, Davi Ferreira. **A questão da irrepetibilidade dos alimentos gravídicos em casos de falha na comprovação da paternidade.** Disponível em: < [http://www.direitorp.usp.br › uploads › 2017/12](http://www.direitorp.usp.br/uploads/2017/12)> Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano)> Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)> Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)> Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)> Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm)> Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos:** norma técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

BRASIL. **Resolução CFM n. 1.752, de 8 de setembro de 2004.** Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Disponível em: < [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/resol1752.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1752.htm)> Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)> Acesso em: 13 fev. 2022.

CANÊDO, Fernanda Margonari Cabral; SANTANA, Marcus Vinícius Martins de Castro; VECCHI, Ana Paula. **Anencefalia**: conhecimento e opinião dos médicos ginecologistas- obstetras e pediatras de Goiânia. Rev. bioét. (Impr.). 2016; 24 (2): 374-85 <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242138>.

COUTO, Cleber. **Uma janela para a vida. Sobre o início da vida e sua proteção jurídica**. RJLB, Ano 7 (2021), n. 3, 539-570.

FIGUEIREDO, Stephanie. **O que é ADPF? Entenda o seu cabimento e efeitos da decisão**. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/adpf/>> Acesso em: 23 fev. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MATOS, Patrícia Alves da Silva. **Alimentos gravíticos: o direito do nascituro**. Pesquisa e Ação V5 N3: dezembro de 2019. ISSN 2447-0627. Acesso em: 12 fev. 2022.

PENHA, Ariéle Roberta Brugnollo. **Alimentos gravídicos frente à legalidade da interrupção gestacional de fetos anencéfalos**. Intertemas. v. 24, n. 24. Ano 2012. ISSN: 1677-1281.

ROMAN, Leticia Alcântara. **Os direitos do nascituro e o projeto de lei nº 478/2007 apresentado à câmara dos deputados**. 2019. Disponível em: <<https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/taimacan-items/282/81575/LET%C3%8DCIA-ALC%C3%82NTARA-ROMAN-2019.pdf>>

STF. **ADPF 54**. Dispõe sobre a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 11 fev. 2022.

STJ. **REsp 1629423/ SP** Recurso Especial 2016/0185652-7. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Belizze. Órgão julgador: T3- Terceira Turma. Data de julgamento: 06/06/2017. Data da publicação: DJe 22/06/2017.

STJ. **Limites dos efeitos da sentença proferida em ação revisional de alimentos**. 2013. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedica\\_o&livre=0543.cod.](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedica_o&livre=0543.cod.)> Acesso em: 23 fev. 2022.

## Quantificação dos danos morais decorrentes de erro médico

Juliana Dutra Bredariol<sup>1</sup>

### RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, podemos observar a progressiva constitucionalização dos direitos sociais associados aos desafios enfrentados na implementação efetiva por parte do Estado, o que levou a uma crescente escalada de demandas judiciais envolvendo, notadamente, o direito médico. Fornecimento de medicamentos, planos de saúde que negam coberturas de exames, erros de diagnóstico e cirurgias envolvendo erros médicos passaram a fazer parte do dia a dia do Judiciário. O resultado desse processo é a intensificação em massa do Poder Judiciário na efetivação da saúde. A temática é relevante, considerando que, quando se aborda a natureza jurídica da atividade médica, trabalha-se comumente com a obrigação de meio, e na qualidade de profissional autônomo, a responsabilidade civil do médico pelos danos causados na sua profissão seria comprovada apenas quando demonstrada a sua culpa. Dentre essa multiplicidade de ações, muitas envolvem os danos morais advindos dos erros médicos, e daí surge uma questão de difícil solução, pois como avaliar e fixar um valor cuja ofensa experimentada é revestida de tamanha subjetividade? Desta forma, o presente estudo busca analisar como o Judiciário vem enfrentando essa questão, discorrendo sobre o conceito da responsabilidade civil e do dano moral. Em seguida, tendo como objetivo principal a quantificação dos danos morais advindos da responsabilidade civil por erro médico. Por fim, para materializar a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, com ênfase no tipo metodológico de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Erro médico. Responsabilidade civil. Dano moral. Arbitramento.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade UNIP.

## ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988, we can observe the progressive constitutionalization of social rights, associated with the challenges faced in the effective implementation by the State, which led to a growing escalation of lawsuits involving, notably, medical law. Supply of medicines, health plans that deny coverage of exams, misdiagnosis and surgeries involving medical errors became part of the daily routine of the Judiciary. The result of this process is the massive intensification of the Judiciary in the effectiveness of health. The theme is relevant, considering that when addressing the legal nature of medical activity, one commonly works with the obligation of means and as an autonomous professional, the doctor's civil liability for damages caused in his profession would be proven only when demonstrated the your fault. Among this multiplicity of actions, many involve moral damages arising from medical errors, and from there a question of difficult solution arises, because, how to evaluate and establish a value whose experienced offense is coated with such subjectivity? In this way, the present study seeks to analyze how the Judiciary has been facing this issue, discussing the concept of civil liability and moral damage. Then, having as main objective the quantification of moral damages arising from civil liability for medical error. Finally, to materialize the research, the deductive method was used, with emphasis on the methodological type of bibliographic research in books, scientific articles, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Medical Error. Civil Responsibility. Moral damage. Arbitration.

## 1 INTRODUÇÃO

Como sabido, todos os procedimentos médicos contêm riscos inerentes à própria atividade, pois, por mais simples que possam parecer esses procedimentos, a Medicina não é uma ciência exata. Complicações ou resultados inesperados não são raros, entretanto, não significam por si sós, ter havido culpa por parte do médico.

Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130% (cento e trinta por cento), sendo que no mesmo período o número total de processos judiciais cresceu apenas 50% (cinquenta por cento). No entanto, somente em 20% (vinte por cento) dessas demandas foram julgadas procedentes<sup>2</sup>.

Trata-se de temática extremamente relevante, vez que falamos da vida e a possibilidade de aplicação da responsabilidade jurídica dos profissionais relacionado ao erro médico, buscando-se no presente estudo demonstrar quais critérios devem ser analisados pelos julgadores para sua quantificação, abordando a aplicabilidade do dano moral e sua reparação.

Busca-se, também, apresentar brevemente as características conceituais da responsabilidade civil e demonstrar os relevantes norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, buscando valorizar e orientar quanto aos meios legais para punição quando houver erro médico, investigando a função do dano moral e sua aplicabilidade.

A metodologia utilizada consiste basicamente na pesquisa bibliográfica, a qual foi elaborada com a finalidade de estudar e investigar previamente elementos que forneceram uma visão mais ampla sobre as questões que envolvem a responsabilidade nos casos de erro médico. Para tanto, o estudo foi fundamentado no método dedutivo com amplo leque de fontes que se encontra disponível em periódicos, em artigos da internet, na legislação e jurisprudência pátria, entre outros que geraram informações e reflexões relevantes a respeito do assunto.

## 2 ERRO MÉDICO - CONCEITUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

### 2.1 Breve conceituação da responsabilidade civil

O homem, a fim de conviver em sociedade, criou normas de condutas a serem obedecidas, com o intuito de que sejam resguardados os interesses individuais e dos da coletividade, evitando, assim, conflitos de interesses. Ao transgredir essas normas, há de se reparar os danos provenientes dessas condutas reprováveis. Daí, surgiu o instituto da responsabilidade civil.

Segundo Farias (2017, p.28), a origem histórica da responsabilidade civil advém da primeira legislação escrita, o Código de Hamurabi. O texto contém a Lei do Talião, que promove o princípio do olho por olho e dente por dente.

---

<sup>2</sup> Estudo elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”.

Moisés em Levítico (24:20) avalia “Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente: como ele tiver desfigurado a algum homem, assim fazer-se-lhe-á”.

No Brasil, a responsabilidade civil constava do artigo 159 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002), porém não estabelecia distinção sobre a natureza do dano a ser indenizado. Posteriormente, consolidou-se na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos V e X, e finalmente foi incluída no Código Civil de 2002, no artigo 186.

Como bem ensina Hermes Rodrigues de Alcântara citado por Júlio Cezar Meirelles, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França (ALCÂNTARA, 2020 p.147):

O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social produzida por um prejuízo a um de seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até mesmo maiores.

O termo responsabilidade refere-se a qualquer situação em que uma pessoa natural ou jurídica deva suportar as consequências de um ato ou fato danoso. Diante disso, a responsabilidade inclui um conjunto de princípios e regras que regem as obrigações de compensação. Todas as ações humanas são acompanhadas pela questão da responsabilidade pelas ações realizadas. Quando tal ato causar dano a alguém, seja material ou mental, o autor ou acompanhante do ato negligente será civilmente responsável pelo fato (GONÇALVES, 2020, p.58).

Logo, podemos conceituar o erro médico como uma conduta voluntária ou involuntária, direta ou indireta, praticada mediante imperícia, imprudência ou negligência, que cause danos ao paciente.

## 2.2 Espécies de responsabilidade civil

O ordenamento jurídico vigente contempla duas modalidades acerca da responsabilidade civil.

A primeira é a responsabilidade objetiva, presente no artigo 927, Parágrafo Único, do Código Civil<sup>3</sup>, segundo a qual não se exige a prova de culpa do agente; pode-se presumir essa culpa em virtude de lei, ou simplesmente ela é dispensada.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, leva-se em conta a teoria do risco, em que, segundo Sílvio de Salvo Venosa, o sujeito é “responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano” (VENOSA, 2003, p. 13).

A título exemplificativo, podemos citar a responsabilidade objetiva atribuída aos hospitais ou clínicas cujos médicos a eles estejam vinculados por meio de contrato de trabalho. Tais estabelecimentos são responsabilizados pelos danos causados, independentemente de culpa por seus profissionais, o que não impede que posteriormente haja uma ação regressiva contra estes.

<sup>3</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A segunda, é responsabilidade subjetiva, a qual abrange como fundamento o dolo e a culpa em sentido estrito, ou seja, para que haja a responsabilização pelo dano, há de se comprovar a culpa do agente, devendo ficar evidente que sem a existência de um dano efetivo e real não se pode caracterizar a responsabilidade.

### 2.3 Elementos da responsabilidade civil

Há três situações que levam ao dano: imperícia, imprudência e negligência. As duas primeiras de caráter comissivo, respectivamente “em fazer mal o que deveria ser bem-feito”, e, “em fazer o que não deveria ser feito”, e a negligência, de caráter omissivo, “em não fazer o que deveria ser feito”. (VIEIRA, 2019, p. 85)

Em outras palavras, quando falamos de erro médico, podemos caracterizar a imprudência, quando há tomada de conduta de forma precipitada, sem que haja justificativa nos protocolos científicos existentes; como negligência, quando o profissional não realiza certas medidas exigíveis para o caso em questão; ou como imperícia, que consiste na prática de determinada atividade médica sem a capacitação necessária para tal (VIEIRA; CASTRO, 2021).

É sobre essa segunda teoria, a qual os médicos responderão por seus atos, quando da avaliação da culpa médica, devendo ficar evidente que sem a existência de um dano efetivo e real não se pode caracterizar a responsabilidade profissional, mesmo assim, há ainda de se concretizar o nexo de causalidade e as condições em que se verificou o dano.

A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais decorre de expressa previsão contida no artigo 14, § 4<sup>o</sup> do Código de Defesa do Consumidor e artigo 951<sup>5</sup> do Código Civil.

Contribui Fabrício Zamprogna Matielo (1998, p. 66):

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo.

4 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4<sup>o</sup> A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

5 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.

## 2.4 Obrigação de meio e de resultado do profissional médico

Axiomático consignar que doutrina e jurisprudência após longo embate definiram que a atividade médica é uma obrigação de meio e não obrigação de resultado, com exceção das cirurgias estéticas, isto é, a prestação exige que o agente empregue determinados meios na consecução de um resultado, sem obrigá-lo, contudo a garanti-lo.

O profissional se obriga a utilizar todo o seu conhecimento e meios disponíveis para tratar o paciente, sem vincular-se à obtenção de determinado resultado, vez que o resultado é determinado por variáveis fora do alcance profissional.

Tal definição é de extrema importância, pois, nas obrigações de resultado, presume-se a culpa quando o resultado não é alcançado. Já nas obrigações de meio, não há essa presunção, o paciente é quem deve provar a culpa do médico, havendo, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus probatório nas situações permitidas pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>.

Necessário ainda lembrar que culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito e de força maior, legítima defesa, estado de necessidade, têm como função fulminar o nexo de causalidade, extinguindo a conduta em relação ao dano, descaracterizando a responsabilidade civil.

## 3 CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO PATRIO BRASILEIRO

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade entendida como o conjunto de atributos do ser humano, nome, integridade física, beleza entre outros, em outras palavras é tudo o que não tem preço, o que é inestimável, indisponível.

Assim, o equilíbrio moral das pessoas foi incluído no rol dos direitos fundamentais, concluindo-se, indubitavelmente, ser vedada qualquer ação que importe em lesão ou ameaça a valores protegidos como aspectos básicos da personalidade humana, sendo certo que o acentuado desconforto espiritual, a profunda mágoa, o constrangimento, o sofrimento e a tristeza resultantes de ofensa ao patrimônio moral, advindos de abalos nas relações sociais e públicas, hão de ser objeto de ressarcimento por parte do ofensor.

Os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza não patrimonial. Ambos têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, que não dependem da relação com os essenciais à realização da pessoa, ou seja, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito.

Havendo lesão de um desses direitos, incide diretamente a pretensão aos danos morais.

<sup>6</sup> STJ – REsp 171.988/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, pub. 28.06.1999.

Raul Canal, em sua obra “Erro Médico e Judicialização da Medicina” afirma que “o dano moral é uma lesão que atinge o universo psicológico ou espiritual do indivíduo, causando frustração, diminuição da autoestima, sentimento de rejeição, vazio interior, tristeza, angústia, frustração, humilhação, insônia e sofrimento”. (CANAL, 2014, p.55)

Wilson Melo da Silva (1999, p .266) conceitua esse dano como “aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural – não jurídica – em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos”... constituindo seu “pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias, ainda mesmo que por ocasião do descumprimento do contratualmente avençado ...”, tendo, assim, esse dano “estreita conotação com a dor, seja moral ou física, jamais afetando o patrimônio econômico do lesado”.

Com relação ao dano moral, ressalta-se que, além de se encontrar esse dever indenizatório insito na legislação infraconstitucional nos artigos 186<sup>7</sup> e 927<sup>8</sup> do Código Civil e no artigo 6º, incisos VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, tornou-se consagrado pela Constituição da República de 1988, vez que a norma constitucional considerou a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos invioláveis, passíveis de serem indenizados por dano decorrente de sua transgressão, nos termos do artigo 5º, incisos V e X., como dito alhures.

A reparação do dano moral não é uma indenização por dor, vergonha, perda de tranquilidade ou prazer de viver, mas uma compensação pelo dano e injustiça sofridos pelo lesado, suscetível de proporcionar-lhe uma vantagem, por ele poderá, com a soma do dinheiro recebido, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute conveniente, atenuando, assim, em parte o seu sofrimento. (DINIZ, 1995, p.5).

Com efeito, o dano moral é presumido e independe de prova, diferentemente do dano material, que precisa necessariamente ser comprovado. Deflui desses ensinamentos a permissibilidade jurídica em se obter indenização, material, estético e moral, no caso de violação do direito alheio por ato omissivo ou comissivo do agente infrator.

Por outro lado, necessário fazer um breve adendo, visto que, ao passo que existem pleitos legítimos, existem inúmeros casos que não se justificam. A quantidade expressiva de ações pleiteando o dano moral trouxe à baila sua banalização, chega-se a falar em “indústria do dano moral”, com o objetivo de se obter ganho fácil.

Todavia, existe um esforço perceptível nos Tribunais de não alimentar a “indústria do dano moral”, sendo certo que o mero aborrecimento, dissabores e qualquer outro sentimento do gênero estão longe de configurar o dano moral. Assim, é de suma importância que o ato sofrido pela vítima tenha sido capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa humana, e que a ofensa tenha sido relevante.

---

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

## 4 A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Reconhecida a ocorrência do dano moral, segue-se a árdua tarefa de quantificar o suficiente para compensar a vítima, notadamente diante da ausência de critérios objetivos basilares, visto que o Código Civil limitou-se a determinar a reparação civil de acordo com a extensão do dano (artigo 944), cabendo à doutrina estabelecer os parâmetros a serem usados.

Considerando que a dignidade da pessoa é personalíssima, sem que existam parâmetros seguros para sua estimação, a equação a ser feita não é simples. É do livre arbítrio do magistrado aplicar a reparação com os poderes que lhe é atribuído, atribuindo o valor mais justo, sempre dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, alcançando um justo equilíbrio entre o dano experimentado e o prejuízo do autor.

### 4.1 Valoração do dano moral

Atualmente, existem duas formas de mensurar as reparações advindas do dano moral, por tarifação (ou tabelamento) e aplicação do método bifásico.

#### 4.1.1 Tarifação ou tabelamento

No sistema de tarifação, existe uma predeterminação legal ou jurisprudencial com relação ao valor a ser arbitrado na indenização, devendo o magistrado analisar cada caso concreto, observando os limites estipulados em cada ocasião.

Esse critério de tarifação é discutido pela doutrina para a sua não utilização, uma vez que é quase impossível prever as situações em que ocorram tais eventos lesivos, bem como a sua gravidade. Nos dizeres de Rodrigo Mendes Delgado (2004, p.111): “Seria impossível criar uma tabela que abrangesse, não apenas todos os eventos possíveis de ocasionar danos morais, mas também que pudesse prever um valor específico para cada dano”.

Ao aplicar a tabela, situações diferentes são tratadas de modo semelhante, visto que não há espaço para a apreciação das peculiaridades do caso concreto, o que não se coaduna com os princípios da dignidade humana e da isonomia, de modo que sua aplicação é temerária, motivo pelo qual vem caindo em desuso.

#### 4.1.2 Método bifásico

O segundo método utilizado e que vem predominando como o mais eficiente não só na doutrina e jurisprudência, como também no Superior Tribunal de Justiça, cuja competência pertence à matéria em julgamento de última instância, é o de critério bifásico.

Neste modelo, minimizam-se eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos do julgador, afastando a tarifação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

As vantagens do método utilizado são visíveis e representam intenção jurídica a ser perpetuada no âmbito do Judiciário, a fim de reduzir, ao máximo, as arbitrariedades. A primeira fase apresenta conclusão equitativa em concordância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade a serem aplicados na atividade jurisdicional. O julgador “busca se valer da jurisprudência de forma minuciosa, classificando-a a partir de uma análise qualitativa” e da “determinação dos valores médios indenizatórios a partir de uma análise quantitativa”.<sup>9</sup>

Interessante lição podemos extrair do AREsp nº 710.879/MG<sup>10</sup> de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, buscando atender à necessidade de estabelecer esses critérios objetivos.

Trata-se de Ação de Danos Morais e Materiais, intentada pelos pais e irmã do “*de cujo*” morto em virtude de acidente rodoviário, na época com vinte anos de idade. Em primeira instância, o pedido foi julgado parcialmente procedente, condenando a empresa transportadora a pagar a título de danos morais, o valor equivalente a 500 (quinhentos) salários-mínimos e o ressarcimento com as despesas com o jazigo perpétuo. A empresa ré, não se conformando, interpôs Apelação, sendo os valores fixados a título dano moral reduzidos para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para os pais da vítima e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à irmã, mantida a sentença quanto às demais questões. Irresignados, os autores interpuseram Recurso Especial, o qual foi inadmitido, sobrevindo agravo de instrumento provido.

Em seu voto a Eminente Ministra, inicialmente se dedicou à análise jurisprudencial de casos semelhantes:

Em relação ao valor fixado a título de danos morais, o STJ firma-se no entendimento de que o bom êxito da inconformidade com o arbitramento ocorre quando o valor fixado destoa daqueles estipulados em outros julgados recentes deste Tribunal, observadas as peculiaridades de cada litígio. São vários os julgados nesse sentido: REsp 208.795/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13/5/1999; REsp 457.038/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/06/2003; e REsp 740.441/PA, de minha relatoria, DJ de 01/07/2005.

E mais adiante:

Dos julgados do STJ sobre o tema, verifica-se que os valores fixados a título de danos morais, em hipóteses semelhantes, tem oscilado entre o equivalente a 200 e 625 salários-mínimos, valores esses divididos entre os postulantes da reparação, se houver mais de um.

Em um segundo momento, a nobre magistrada avalia as particularidades do caso, para majorar o valor de danos morais para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada um dos autores.

<sup>9</sup> Extraído do sítio eletrônico: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334162/liquidacao-do-dano-extrapatrimonial--avancos-e-retrocessos-no-metodo-bifasico-do-stj>

<sup>10</sup> STJ. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, pub. 19.06.2006.

Nesse modelo, um valor básico para a reparação é analisado considerando o interesse jurídico lesado e um grupo de precedentes, extraíndo-se um valor-base. Posteriormente, verificam-se as circunstâncias do caso concreto, tais como: (a) gravidade do fato e suas consequências para a vítima, (b) atuação culposa ou dolosa, (c) culpa concorrente da vítima, (d) condições econômicas e pessoais das partes, (e) punição e desestímulo e (f) proporcionalidade e razoabilidade, para então, fixar em definitivo a indenização.

(a) Gravidade do fato e suas consequências para a vítima – referente à gravidade do fato, ao menos em tese, seria aquela que tinge a própria vida, sendo o evento morte correspondente ao dano de maior magnitude, e portanto, ensejador das indenizações mais elevadas, seguida em grau decrescente pelo dano na saúde física e, finalmente, as lesões à honra, à liberdade pessoal e à imagem em um terceiro grau em relação às lesões à vida e à saúde física.

Em relação as consequências do dano para a vítima, podemos classificar como aqueles de longa duração, médio e curto prazos, temporário ou permanente.

(b) Atuação culposa ou dolosa – relativamente à intensidade do dolo e grau de culpa do responsável, a jurisprudência tem decidido que o ofensor deve ter maior penalização se agiu com dolo ou maior negligência, imperícia e imprudência. É o que se extrai, por exemplo do REsp 402.874/SP<sup>11</sup> quando o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou “a quantia encontrada pelas instâncias ordinárias não se mostra abusiva”, ao contrário, segundo o argumento do relator, “mostra-se moderada, a contar sobretudo a negligência dos réus e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto”.

(c) Culpa concorrente da vítima – conforme o art. 945 estipula “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor”. Logo, o ofensor será menos penalizado se houver culpa concorrente.

Como exemplo, podemos citar o REsp 113.997/RJ<sup>12</sup>, sob a Relatoria na Min. Nancy Andrighi, em que houve atropelamento na via ferroviária, sendo considerada a culpa concorrente entre a concessionária de transporte ferroviário, pelo dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, e a vítima, que viajava como “pingente”.

Importante salientar que a culpa concorrente da vítima não afasta o dever de indenizar, mas terá influência no arbitramento do valor da indenização, que deverá ser proporcional à participação do lesante no evento.

(d) Condições econômicas e pessoais das partes – ofensor com mais poder aquisitivo responde com indenizações mais altas e ofensor com baixo poder aquisitivo mais baixa. O Min. Paulo de Tarso Sanseverino ao julgar o REsp nº 959.780/ES<sup>13</sup> aduz:

Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor,

11 STJ. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 4ª Turma, pub. 05.02.2015

12 STJ. 3ª Turma, pub. em 23.02.2011

13 STJ. 3ª Turma, pub. em 26.04.2011

conforme sua condição financeira. Assim, se o agente ofensor é uma grande empresa que pratica reiteradamente o mesmo tipo de evento danoso, eleva-se o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato. Em sentido oposto, se o ofensor é uma pequena empresa, a indenização deve ser reduzida para evitar a sua quebra.

De fato, a valoração da situação econômica do ofendido constitui matéria controvertida, pois parte da doutrina e da jurisprudência entende que se deve evitar que uma indenização elevada conduza a um enriquecimento injustificado. O julgador, ao proceder nesse tipo de valoração, deve ter cautela para não incorrer com discriminação, em função das condições pessoais da vítima, ensejando que pessoas atingidas pelo mesmo evento danoso recebam indenizações díspares por esse fundamento, situação experimentada no AgRg no AREsp 442471/GO, no qual o Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em processo que versava sobre prisão por estupro e atentado violento ao pudor, para deferir sua decisão, levou em consideração a condição econômica do ofensor e do ofendido<sup>14</sup>.

(e) Punição e desestímulo – por óbvio, a fixação do dano deve observar a condição econômica do ofensor, para que ele não volte a reincidir.

(f) Proporcionalidade e razoabilidade – conjugados todos os elementos descritos, o julgador deve aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para somente então quantificar a indenização, de modo a evitar a repetição do ato lesivo e enriquecimento sem causa.

A título de demonstração, podemos citar decisão de relatoria da Min. Nancy Andrighi, no REsp 1042208/RJ<sup>15</sup>:

O valor dos danos morais, indiscutivelmente sofridos pelo consumidor, fixado em R\$ 7.000,00, não destoa da jurisprudência do STJ, em julgamentos de situações similares, que manteve a condenação em patamares inclusive superiores ao estabelecido no acórdão impugnado. Houve, portanto, razoabilidade e proporcionalidade no arbitramento da condenação, consideradas as peculiaridades do processo.

De fato, os princípios que condensam todo o processo decisório é o da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal<sup>16</sup>, buscando a solução

14 ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO DIANTE DE COMPROVAÇÃO DA NÃO AUTORIA POR EXAME DE DNA. RECOLHIMENTO AO CÁRCERE POR 6 MESES. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R\$ 60.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão de prisão indevida por estupro e atentado violento ao pudor encontra óbice na Súmula 07/STJ, uma vez que fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização. 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso. 3. Agravo Regimental do Estado de Goiás desprovido (STJ. AREsp nº 442471/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, pub. em 05.02.2014)

15 STJ. 3ª Turma, pub. em 11.09.2008

16 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos

mais correta, justa e equilibrada entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos, fundados em razões consistentes, capazes de sustentar a legitimidade que se espera da prestação jurisdicional.

O postulado da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de forma que, adotando-se o meio, chega-se ao fim.

Por sua vez, razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade de regra geral depende do enquadramento do caso concreto.

Nesse diapasão, Nelson Nery Júnior (2002, p.161) esclarece:

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma lei de ponderação, devendo ser sopesados os interesses e direitos em jogo para que se alcance a solução concreta mais justa. A razoabilidade, pois, deve ser entendida como uma “proibição do excesso”, objetivando aferir a compatibilidade entre o fato ocorrido, a gravidade do dano, as condições socioeconômicas do ofensor e ofendido e o fim a ser alcançado com a indenização, de modo a evitar restrições desnecessárias ou incorrer em excessos.

De fato, tais princípios deverão ser observados no momento de quantificar os danos morais, visto que determinam um justo equilíbrio entre a ofensa causada pelo autor do dano e a dor vivenciada pela vítima.

## **5 FUNÇÃO DO DANO MORAL E A APLICAÇÃO DA *PUNITIVE DAMAGES* NA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS**

### **5.1 Funções do dano moral**

Na atividade médica, fatores externos afetarão a materialização do resultado, pois este não depende apenas da capacidade ou esforço do profissional do médico. Provado que o profissional médico agiu com diligência, aplicando todo o esforço e métodos disponíveis, mesmo que o resultado não tenha sido o esperado, não há de se falar em erro médico. Por outra banda, comprovado a imperícia, imprudência, negligência, nexos de causalidade e dano, surge o dever de ressarcimento.

Diferentemente do dano material que é mensurável, por simples cálculo matemático, o dano moral atinge bens não patrimoniais do paciente, e, embora sua fixação seja balizada por parâmetros objetivos, ainda depende do bom senso do julgador.

Tal fixação monetária deve evitar o enriquecimento ilícito, vedado no ordenamento jurídico, bem como se afastar de valores simbólicos. Sob esse prisma, cabe a ponderação do julgador em

---

termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

avaliar a extensão, natureza e gravidade da lesão, dentro do princípio da razoabilidade e, ao mesmo tempo, atento à função pedagógica para que essas situações não voltem a acontecer.

Eduardo Dantas (2009, p. 47), discorrendo sobre o tema, nos ensina:

Assim é que na determinação da indenização por danos morais, os parâmetros utilizados pelo magistrado devem observar entre outras tantas que o caso concreto indicar, duas variáveis específicas: a uma, a condição financeira do ofensor, sua saúde econômica; a duas, a função compensatória que deve a quantificação do valor indenizatório representar para o ofendido.

Oinei Abdao e Hugo Bretas, em seu artigo “Responsabilidade civil do médico – Erro Médico”, aduzem “O montante, em razão do caráter punitivo e evidentemente pedagógico, deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta”. (AB-DAO; BRETAS, 2021, p. 125).

Em linhas gerais, as funções do dano moral podem ser classificadas como compensatória (ou reparatória) e preventiva (ou profilática e pedagógica). Compensatória, na medida em que busca mitigar o sofrimento da vítima (VARGAS, 2004, p.66), compensando-a por sua perda experimentada, dirigida a pessoa que sofreu o dano; preventiva, na medida em que busca evitar a perpetuação na ordem social, buscando desestimular a prática reiterada de novos atos lesivos, esta última dirigida ao responsável pelo evento danoso e também a sociedade. (KFOURI NETO, 2019, p. 91).

## **5.2 Aplicação do *punitive damages* ou Teoria do Valor do Desestímulo na fixação da indenização por dano moral**

Diversas são as críticas doutrinárias à existência da função preventiva, também conhecida na doutrina como *punitive damages* da *common law* ou Teoria do Valor do Desestímulo, no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não há no Código Civil expressa indenização com caráter punitivo, aliado ao artigo 944<sup>17</sup> do mesmo *Códex*, cujo teor estabelece que a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

O instituto do *punitive damages* surgiu na Inglaterra, e hodiernamente é amplamente aplicado nos Estados Unidos. Visa punir o agente ofensor, aplicando uma indenização superior ao valor do dano experimentado, buscando desta forma evitar a reincidência do evento danoso e servir de exemplo para a sociedade.

Os *punitive damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo” (GARNER, 2004, p. 448).

Salomão Resedá (2009, p.225) conceitua o *punitive damages* como:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o

17 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

No Brasil, essa é uma das funções menos aplicadas aos casos em que há dano moral, na medida em que a verba indenizatória, para essa espécie de dano, não estaria limitada à extensão do prejuízo patrimonial, por se tratar de direito constitucionalmente defendido sem qualquer limitação, especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1.º, inciso III, da Carta Magna.

A vedação do enriquecimento sem causa da vítima, indenizações excessivas, indústria do dano moral fazem parte do rol de críticas levantadas pelos doutrinadores e magistrados que defendem a inaplicabilidade dos *punitive damages*.

Nesse sentido é o entendimento de Sérgio Pinheiro Marçal, em sua obra intitulada “Reparação de danos morais- teoria do desestímulo”:

A nosso ver, a teoria em questão também poderia ser chamada de teoria do valor do estímulo, só que tendo como referencial a suposta vítima. Nos parece que a tentativa de se punir alguém pela fixação de indenização em valor extremamente elevado pode gerar uma total distorção do sistema de reparação dos danos morais, estimulando que pessoas venham a se utilizar do Poder Judiciário para buscar o enriquecimento às custas de fatos ligados à dor e ao sofrimento. Não que esses eventos não mereçam ser indenizados. Simplesmente, não devem gerar riqueza.

Trata-se de críticas que merecem destaque, em especial o uso da vedação do enriquecimento sem causa, consubstanciado no artigo 884<sup>18</sup> do Código Civil, como principal fundamento para negar a aplicação do instituto.

No entanto, alguns argumentos levantados pela corrente doutrinária minoritária não podem ser ignorados.

Caio Mário da Silva Pereira, defensor da Teoria do Valor do Desestímulo, ressalta:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório, para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido (PEREIRA, 2002, p. 55).

No mesmo sentido é o posicionamento de Carlos Alberto Bittar (1999, p. 232):

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos –, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo,

---

18 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitivos ou exemplar damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de admitir o caráter punitivo. Consta da ementa do acórdão relativo ao REsp 389.879/MG<sup>19</sup> que: “A indenização pelo protesto indevido de título cambiário deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida”. Entendimento, também adotado em outras decisões da mesma Corte, vide REsp 332.589/MS<sup>20</sup>, REsp 337.739/SP<sup>21</sup> e REsp 173.366/SP<sup>22</sup>.

Daniel de Andrade Levy (2002, p.88) pondera:

basta um exame mais rigoroso do conceito para se perceber que a indenização punitiva jamais poderia ser um enriquecimento ‘sem justa causa’, nos dizeres da lei, pois é fundado na mais importante de todas as causas, qual seja, um pronunciamento público, materializado na decisão judicial. O que incomoda, parece, não é tanto a falta de causa, mas o fato de uma disciplina privada como o direito civil gerar para a vítima uma indenização superior ao seu efetivo prejuízo.

Interessante decisão exarou o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Ação Cível nº 0027158-41.2010.8.26.0564<sup>23</sup>, quando do julgamento de uma Ação de Indenização por danos morais, proposta por um segurado contra empresa de plano de saúde, por negativa de cobertura de uma internação que lhe era de direito. O juiz “*a quo*” julgou procedente o pedido, condenando a seguradora ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais. O Tribunal “*ad quem*”, diante da multiplicidade de ações sobre o mesmo assunto e derivadas de uma mesma conduta por parte da seguradora, entendeu que houve dano social<sup>24</sup>, aumentando o valor da indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), destinada ao segurado, e condenando a ré a pagar, a título de *punitive damages*, a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) destinado ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

19 STJ. 4ª Turma, pub. 02.09.2002.

20 “por dano moral sofrida pela vítima, visa punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza” (STJ. 3ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, pub. em 15.04.2002.).

21 STJ. Rel. Min. Costa Leite, publicado em 08.04.2002.

22 STJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, pub. em 03.05.99.

23 (TJ/SP, Rel. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, pub. em 19.07.2013).

24 O dano social seria uma realidade em si, decorrente da socialização do direito e se contrapõe ao chamado dano individual que teria como conteúdo as funções de desestímulo e punição. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 378.

Por derradeiro, cumpre citar a ementa do AI 455846/RJ<sup>25</sup> de relatoria do Eminente Ministro Celso de Mello, na qual alude, expressamente, aos *punitive damages*, demonstrando o seu posicionamento frente a questão:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. **DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (A) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (B) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.** (destaquei)

Esse pensamento, apesar de minoritário, como já dito, é de extrema relevância para o tema ora abordado, pois, conforme se observa nos julgados citados, cada vez mais vem sendo aplicado de forma mais ampla, mas que, para evitar eventual enriquecimento sem causa por parte da vítima, destina a indenização punitiva a entidades beneficentes ou fundos públicos, como forma de punir o agente e, ao mesmo tempo, beneficiar a sociedade.

## 6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade humana como núcleo do ordenamento jurídico e assegurou o direito à indenização pelo dano moral e material (art.5º, incisos V X) quando de sua violação, não gerando, desde então, maiores discussões com o tema. Contudo, não há ainda consenso em relação a sua quantificação.

Ao contrário do dano material, cuja aferição é de fácil solução, calculado com base no efetivo prejuízo financeiro experimentado, o dano extrapatrimonial é mais difícil e sofisticado, lidando nesse aspecto o operador do direito com uma margem de discricionariedade, baseado no livre arbítrio como regra geral, o que explica a diferente valoração entre os diferentes órgãos judiciais.

Nessa seara o Superior Tribunal de Justiça, por ser o órgão com vocação constitucional, vem desempenhado papel fundamental, buscando a uniformização das decisões judiciais, atento aos princípios constitucionais vigentes, notadamente o princípio da dignidade humana.

E para efetivar este papel, vem utilizando o método bifásico, avaliando o dano moral em duas fases, resultante da valorização sucessiva do interesse jurídico lesado e das circunstâncias particulares do caso.

Com efeito, podemos observar através das jurisprudências e concepções doutrinárias apontadas uma tendência gradativa de aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo ou *Punitive Damages*, quando se trata de culpa grave ou conduta dolosa.

---

25 STF, pub. em 21.10.2004.

O profissional médico deve estar atento às suas responsabilidades no âmbito ético e legal, seguindo as regras de conduta, buscando sempre o bem-estar dos pacientes, agindo desta forma, não há de se falar em caracterização da responsabilidade.

Diante do exposto, com a finalidade de fazer uma breve homenagem àqueles profissionais da saúde que se dedicam diariamente na difícil arte de salvar vidas, muitos deles em detrimento de sua vida pessoal, vale transcrever trecho extraído da obra de Direito Médico, de Genival Veloso de França (2020, p. 264), no qual o Procurador Geral Dupin, no julgamento do caso apresentado no Tribunal Civil de Evreux em 1835, contra o Dr. Thouret Noroy, apresentou parecer extraordinário, que dentre outras afirmações assim ensinou:

Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence.

E finaliza:

Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada se semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homens dos quais se orgulha e outros que ela renega.

## REFERÊNCIAS

ABDAO, Olnei; BRETAS, Hugo. **E-Book acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito Médico e Odontológico** – 2ª Turma, UCA, 2021.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade Médica Perante o Paciente o Médico e a Justiça**. 2. ed. Editora José Konfino, 1971.

BELTRÃO. Silvio R. Autonomia da vontade do paciente e a capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, nº 2, 2016.

BÍBLIA SAGRADA. 60. Ed., AM Editora, Edição Claretiana, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3. ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei 3.061/1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm).

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei 10.406/2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078/90. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm).

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 2. ed. São Paulo: Mizuno. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANAL, Raul. **Erro Médico e Judicialização da Medicina**. Gráfica e Editora Saturno, 2014.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Editora GZ, 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Código Civil Anotado**. Editora Saraiva, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo tratado de responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, 15. ed., Editora Forense, 2020.

GARNER, Bryan A. **Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit**. Ed. Black's Law dictionary. St. Paul: West, 2004.

GARRAFA, Volney. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Revista Brasileira de Bioética**. v.13, n. 1, Brasília, 2005.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 964, 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.964.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF).

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva Educação SA, 2017.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 10. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- LEONE, S.R.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. **Dicionário de Bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.
- LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012.
- JUNQUEIRA, Luiz C.; CARNEIRO, José. **Biologia Celular e Molecular**. 7. ed. Rio de Janeiro. Editora Univates, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARÇAL, Sérgio Pinheiro. **Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo**. n. 7. Juris Síntese. CD-ROM.
- MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre, Editora Sagra Luzzatto, 1998.
- PAZINATTO, Márcia M. The doctor-patient relationship in the perspective of the CFM 1/2016 Recommendation. **Revista de Bioética**, v. 27, n. 2, 2019.
- RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano Moral e sua Reparação**. Enciclopédia do Direito, Editora Saraiva, volume nº 22, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- VARGAS, Jucir. **Dano Moral e sua Reparação – a quantificação indenizatória**, UNIVALI, 2004. Disponível em: <https://docplayer.com.br/31297557-Dano-moral-e-sua-reparacao-a-quantificacao-indenizatoria.html>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIEIRA, Ivo Antonio; CASTRO, Hugo. Portal Hospitais Brasil. **O caos da Medicina**. 2021. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/brasil-registra-quase-500-mil-judicializacoes-na-saude-segundo-cnj-erro-medico>.



# A perícia médica e sua importância no âmbito do direito médico<sup>1</sup>

Liander Michelin<sup>2</sup>

## RESUMO

O perito médico deve estar atento para não incorrer em erro, em especial aquele propiciado pelo próprio paciente simulador de dano que, buscando um benefício secundário, interfere no procedimento médico, utilizando os mais diversos artifícios fraudulentos. Pode acontecer uma errônea percepção dos fatos, em virtude das limitações inerentes aos sentidos humanos, pois somos todos falíveis e enganáveis.

Palavras-chave: Perito Médico. Perícia Médica. Responsabilidade civil do médico perito. Autonomia do Paciente. Laudo Médico-Pericial. Responsabilidade Médica.

---

1 Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentado para obtenção do Título de Especialista em Direito Médico e Odontológico da Universidade Corporativa Anadem – UCA.

2 Graduado em Direito pela Universidade Paulista – UNIP.

## ABSTRACT

The medical expert must be careful not to make an error, especially the one caused by the harm simulating patient himself, who, seeking a secondary benefit, interferes in the medical procedure, using the most diverse fraudulent artifices. A misperception of the facts can happen, due to the limitations inherent to the human senses, because we are all fallible and deceitful.

Keywords: Medical Expert. Medical expertise. Civil liability of the medical expert. Patient Autonomy. Medical-Expert Report. Medical Responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de um estudo aprofundado sobre a evolução da perícia médica, tanto judicial quanto extrajudicial, sua especialização e, especialmente, a forma de condução do trabalho dentro do contexto de investigação e esclarecimento dos fatos e dos elementos que podem levar ao reconhecimento ou não de um direito, assim como do próprio fato jurídico.

O trabalho abordou elementos técnicos de várias correntes, com consultas a artigos, levantamento de informações provenientes de jurisprudências recentes e de doutrinadores, considerando a importância e imprescindibilidade da chamada “rainha das provas”.

Trata-se, em suma, da abordagem sobre um tema que diz respeito a uma atividade fundamental para a elucidação de questões que fogem claramente ao conhecimento técnico do Juiz, Desembargadores ou mesmo Ministros, assim como de outros órgãos que possam estar envolvidos no caso, como o próprio Ministério Público.

Visa ainda jogar um pouco mais de luz sobre um aspecto importantíssimo das perícias técnicas, que vem a ser a segurança jurídica nos julgamentos relacionados à atuação médica, ou mesmo de outras áreas da vida civil.

Com o avanço e o aprimoramento de todo processo envolvendo a análise de casos concretos à luz do direito, há uma crescente demanda pela especialização de profissionais voltados ao trabalho da perícia técnica, com a criação de cursos e, até mesmo, de empresas especializadas no ramo.

É nesse decisivo e delicado instante, no qual as perícias médicas, notadamente nas esferas administrativa e forense, despontam na atividade investigatória junto à administração pública e judiciária como matéria de irrecusável e imprescindível necessidade probante – seja no interesse imediato do desvendar de litígios, seja na contemplação doutrinária e jurisprudencial dos julgadores –, que se traz a necessidade de aprofundamento da matéria.

Portanto, a abordagem se faz nas distintas características da perícia médica, como a responsabilidade civil e penal dos peritos, os limites da perícia judicial, a importância da perícia previdenciária e da perícia administrativa, os meandros da perícia securitária, os rigores da perícia médico-legal, a delicadeza da perícia em cirurgia plástica, o fato de a perícia médica ser ou não considerada especialidade médica, entre tantas.

Portanto, ninguém desconhece o valor da prova, visto que um pormenor bem esclarecido e uma particularidade mais bem avaliada têm o condão de conduzir o analista que lê o laudo à verdade que ali se encerra ou ao momento dramático do fato. Desse modo, a prova sempre adquire uma dimensão e procedência da mais irrecusável valia. E o mais elementar: se há dúvida, a prova não foi feita – e esta é uma verdade ainda não contestada.

Nas palavras de Genival Veloso de França (1977):

Define-se perícia médico-legal como um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça ou como um ato

pelo qual a autoridade procura conhecer por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem ou que com ele tenha relação.

Para Fernando Capez (2028), o conceito de perícia técnica assim se traduz:

O termo “perícia”, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científica, artística, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional.

Assim, por definição, temos que a perícia médica é todo e qualquer ato propedêutico ou exame realizado por médico, com a finalidade de contribuir com as autoridades administrativas, policiais ou judiciárias na formação de juízos a que estão obrigadas. Perícia médica, em sentido amplo, é ato privativo do médico, podendo ser exercida pelo médico civil ou militar, desde que investido em função que lhe assegure a competência legal e administrativa para tal.

## 2 DO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PERICIAL PELO MÉDICO

O Perito Judicial, por definição, é o profissional habilitado e nomeado pelo juiz para opinar, de forma técnica, sobre questões inerentes à sua especialidade. A perícia, quando pertinente a profissões regulamentadas, será exercida por profissionais legalmente habilitados, sendo requeridos, ainda, reconhecida idoneidade moral, capacidade técnica e experiência profissional.

O perito tem como um de seus deveres principais o de honrar sua função, seguindo os preceitos do CEM. A indicação e a nomeação para exercer a função de perito devem ser sempre consideradas como distinção e reconhecimento da capacidade e honorabilidade do profissional, que delas declinará quando impedido por lei, quando ocorrer suspeição de natureza íntima, quando a matéria em litígio não for de sua especialidade ou por motivo de força maior.

Ciente da indicação e antes de assumir o compromisso, deve o perito inteirar-se dos autos, verificar se não há incompatibilidade e se realmente tem condições de assumir o compromisso e realizar o trabalho. Na hipótese de recusa, esta deve ser fundamentada em petição dirigida ao juiz, o mais breve possível.

Cabe ao perito, mediante qualquer dificuldade aposta ao bom andamento do trabalho pericial, comunicar ao juiz mediante petição. O perito não cria e nem crê, isto é, insere no seu laudo os fatos e atos examinados e estudados, não fundado em simples suposições ou probabilidades, devendo apresentar suas conclusões com toda a objetividade, mantendo sempre a isenção e imparcialidade.

Conforme preceitos do próprio CFM, é admitido ao perito ser assessorado no trabalho pericial, desde que sob controle e revisão do perito, que deve adotar os melhores critérios para expressar sua

opinião de forma clara e categórica, em linguagem adequada, tendo presente que tais características e o estilo na confecção do laudo definem e denunciam seu autor.

Todos os quesitos devem receber respostas esclarecedoras e fundamentadas, evitando-se simples afirmativas ou negativas, com expressões “sim” ou “não”, por exemplo. O perito deve evitar qualquer interferência que possa constrangê-lo em seu trabalho, não admitindo, em nenhuma hipótese, subordinar sua apreciação a qualquer fato ou situação que possa comprometer sua independência intelectual e profissional.

Deve ainda o perito arbitrar seus honorários, mediante petição ao Juiz, indicando o tempo despendido e a complexidade de todo o trabalho a ser executado no processo, sendo vedado receber qualquer valor de honorários diretamente das partes, sob pena de quebra da imparcialidade e idoneidade.

Por fim, deve zelar por suas prerrogativas, considerando-se a responsabilidade e a distinção que lhe foi conferida, atuando de forma moderada e nos limites de suas funções e competência, fazendo-se respeitar como auxiliar do Poder Judiciário, agindo sempre com seriedade e discrição para apurar os fatos, observando-se o sigilo das informações.

### 3 A RELEVÂNCIA DA PERÍCIA MÉDICA NOS DIAS ATUAIS

Com a crescente demanda em ações relativas a possíveis erros médicos e outros, tem-se que o campo de atividade médico-pericial vem se expandido exponencialmente, resultando em uma considerável ampliação do volume de tarefas resultantes da abrangência de suas relevantes atividades.

Neste sentido, nas palavras do Renomado Jurista Genival Veloso de França (1977), tem-se que:

Cada vez que a astúcia humana torna-se mais e mais sofisticada para fugir da revelação esclarecedora, urge ampliar-se a possibilidade de investir, cada vez com maior empenho, na contribuição da técnica e da ciência, como fatores de excelência na elaboração da prova. O verdadeiro destino da perícia é informar e fundamentar de maneira objetiva todos os elementos consistentes do corpo de delito e, se possível, aproximar-se de uma provável autoria. Não existe outra forma de avaliar retrospectivamente um fato marcado por vestígios que não seja através do seu conjunto probante. A missão da perícia é informar. *Visum et repertum* – visto e referido –, eis a questão.

O exame médico-pericial busca o enquadramento nas situações legais, o pronunciamento conclusivo sobre condições de saúde e a avaliação da capacidade laborativa; visa definir o nexo de causalidade (causa e efeito) entre doença ou lesão e a morte (definição de *causa mortis*), doença ou sequela de acidente e a incapacidade ou invalidez física e/ou mental, o acidente e a lesão, doença ou acidente e o exercício da atividade laborativa, doença ou acidente e sequela temporária ou permanente, desempenho de atividades e riscos para si e para terceiros. Portanto, o médico perito ocupa lugar de destaque no cenário científico, judicial e social. Na área judicial pode ainda atuar como órgão auxiliar da administração da Justiça, podendo ser classificado como percipiente (simples percepção de fatos) e judicante (percepção de fatos com emissão de juízo de valor) (PAULA, 2007).

A atividade médico-pericial tem importância capital nas instituições e sistemas de previdências (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MÉDICOS PERITOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2007; HURTADO HOYO, 2002). É, ao mesmo tempo, instrumento de paz social, pois garante o amparo legítimo ao beneficiário realmente incapacitado, e instrumento de controle para despesas evitáveis e decorrentes de pressões extradoenças que podem colocar em risco o equilíbrio das instituições (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PERÍCIAS MÉDICAS, 2007) – fato que corroborou para grande progresso entre os médicos profissionais da Previdência Social, com a criação da carreira Perícia Médica.

No Brasil, a evolução da perícia médica se fez notar a partir da Resolução CFM no 1.634/02, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o CFM, a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM).

Essa normatização foi sequencial e dinamicamente modificada pelas resoluções CFM nos 1.666/03, 1.763/05 e, finalmente, pela Resolução CFM no 1.785/06, publicada no Diário Oficial da União de 22 de junho de 2006 (Seção I, p. 127), que traz uma relação de 53 especialidades e 54 áreas de atuação reconhecidas e define, atualmente, a norma orientadora e reguladora de reconhecimento das especialidades médicas e áreas de atuação, determinando que os CRMs deverão registrar apenas títulos de especialidade e certificados de áreas de atuação reconhecidos pela Comissão Mista de Especialidades (CME).

Com o avanço das especialidades e áreas de atuações, devidamente reconhecidas pelo CFM, a AMB, com a geração “peritos especializados”, deu grande impulso ao início de uma formação de estudiosos nas diversas especialidades.

Dinamicamente, a cada ano se evidencia a tendência de a classe médica criar novas especialidades e subespecialidades, aumentando a grande fragmentação da atenção médica.

#### **4 PERITO MÉDICO & MÉDICO ASSISTENTE**

É importante, para este trabalho, diferenciar a atividade médico-pericial e suas particularidades em relação à medicina assistencial, considerando serem frontalmente distintas.

Na medicina assistencial, há uma evidente necessidade de um estreito vínculo “médico-paciente”; ao passo que no médico-pericial assume o papel de “juiz”. No entanto, nada impede ao profissional, sob o ponto de vista ético-legal, desempenhar seu papel de médico e seu papel de perito médico.

Evidentemente, deve evitar periciar situações em que haja constrangimento ou impedimento, visando afastar a suspeita de legislar em próprio interesse.

É interessante fazer uma analogia entre o perito médico e o médico assistente com base no excelente texto de Mário Rigatto (s.d.):

O médico tem que treinar relações complexas. Ele precisa aprender a ter uma roupagem por fora e outra por dentro, sem ser falso. Ele não pode franzir o cenho, pois o doente vai achar

que o seu caso é grave. Não pode se emocionar a ponto de falar com a voz embargada porque a voz embargada perde força de convicção. O médico não pode chorar, pois a lágrima rouba cuidado ao que diagnostica. Ele não pode tremer pois não faz bem ao bisturi. Então, eu quero um médico por fora com um único domínio das emoções, mas por dentro eu quero o mais sentimental dos seres humanos, que se compadeça com a dor e o sofrimento. Esta dupla roupagem é muito difícil vestir.

Ainda que seja difícil essa “dupla roupagem”, ela se faz necessária para o perfil do perito médico, com distintas posições. Adicionalmente, as circunstâncias com as quais esse profissional se depara, na maioria das vezes, exigem uma relação de desconfiança que merece, por dever, ser analisada com total imparcialidade e, ao mesmo tempo, com cortesia, atenção e educação por parte do perito. Ao contrário, na relação médico-paciente há um clima de mútua confiança e empatia.

O médico perito deve estar atento à ética particular de sua atividade. Precisa ter em mente que, ao contrário da medicina assistencial, em que o médico está sempre em estreito vínculo profissional com o paciente, o médico perito é colocado pela instituição seguradora como um juiz, devendo manter um equilíbrio adequado entre as postulações desejadas e as possibilidades da lei vigente que ele deve conhecer.

Portanto, deve estar preparado para reconhecer o Direito, concedendo o que deva ser concedido, mas negar as pretensões ilegítimas, fruto de desejos pecuniários sem abrigo na lei constituída.

O paciente escolhe seu médico livre e espontaneamente e lhe demanda o tratamento de seus sofrimentos. Ao contrário, o periciando é solicitado por uma autoridade a comparecer diante de um perito ou junta de peritos escolhidos por essa autoridade para se verificar o estado de saúde ou as sequelas de doenças, com fins de decisão de direitos ou aplicação de leis, que muitas vezes têm como consequência perdas para ele.

Destaca-se que, na relação com o médico assistente, o paciente retrata toda a sua intimidade, tem todo o interesse de informar detalhes sobre os seus sintomas, angústias e outros. Ao contrário da relação pericial, o periciando normalmente aborda os sintomas e outras informações pertinentes naquela ocasião, podendo até omitir ou distorcer informações necessárias à conclusão pericial.

## **5 PERÍCIA MÉDICA – PRECEITOS ACEITOS NA ATUAÇÃO MÉDICO-PERICIAL**

Como já abordado anteriormente, o perito médico deve possuir competência técnica e científica. Mostra-se imprescindível que detenha os conhecimentos necessários das leis, normas e portarias para que consiga o melhor desempenho em sua função.

Deve agir com imparcialidade, isenção e independência; ter urbanidade e discrição; ter disciplina operacional, respeitando com rigor os prazos previamente estipulados e as formalidades pertinentes ao rol da profissão; ter senso de justiça e atuar com ética profissional.

Acima de tudo, o perito médico deve ser justo para não negar o que é legítimo e nem conceder, graciosamente, o que não é de direito. Neste sentido, considera-se ter dez itens como sendo verdadeiros guias a serem seguidos na realização de perícia médico-legal, em seus aspectos técnicos

e científicos, como orientação ética na condução da arte pericial, baseado na tradição moral, que fez dessa atividade uma inestimável contribuição nas conquistas da cidadania e do respeito aos interesses mais justos da sociedade:

- Evitar conclusões intuitivas e precipitadas.
- Falar pouco e em tom sério.
- Agir com modéstia e sem vaidade.
- Manter o sigilo exigido.
- Ter autoridade para ser acreditado.
- Ser livre para agir com isenção.
- Não aceitar a intromissão de ninguém.
- Ser honesto e ter vida pessoal correta.
- Ter coragem para decidir.
- Ser competente para ser respeitado.

E, finalmente, a máxima da atuação pericial: “Aquele que compreender que não poderá ser um perito honesto, seja honesto, não seja perito” (Abraham Lincoln).

Em suma, trata-se de uma atividade que exige o equilíbrio, o conhecimento técnico e a abrangência do papel social, sempre nos princípios fundamentados de justiça e humanidade.

## **6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO PERITO MÉDICO-LEGAL**

O tema é complexo, envolvendo diversas correntes e, especialmente, os efeitos e consequências decorrentes de todo o trabalho desenvolvido pelo perito, sendo tema de profunda relevância toda a atuação desse profissional.

A responsabilidade do perito médico-legal deve ser examinada, em primeiro plano, na disciplina estatuída pelo Código de Processo Civil, que, já em seu art. 147, determina: “O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer”.

A regra processual invocada considera como informações inverídicas os dados apresentados pelo perito que destoam da realidade dos fatos. No mesmo plano são consideradas também as informações prestadas sem “configurações técnicas e científicas na área de conhecimento do perito”, nas palavras de Nelson Nery Júnior (2006).

Doutrina ainda Nery Júnior:

Para configurar-se a infração prevista na norma sob análise, não é preciso que ocorra o evento danoso, isto é, que a informação inverídica prestada pelo perito cause efetivo prejuízo à parte ou interessado. A infração é de natureza formal, bastando para caracterizá-la a simples prestação da informação inverídica, por dolo ou culpa do perito. Verificada a infração, o juiz proferirá decisão inabilitando o perito para o exercício de sua atividade, em processo judicial, por dois anos.

Importante de igual forma, ainda que em segundo plano, a responsabilidade penal do perito médico-legal pelo crime de falsa perícia, conforme previsto no art. 342 do Código Penal, que determina:

**Art. 342.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

**§ 1º** As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

**§ 2º** O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

No crime em questão o bem jurídico protegido é a administração da justiça. O sujeito ativo é qualquer pessoa que, como perito, pratique a ação descrita no art. 342 do Código Penal – e, portanto, crime próprio. O sujeito passivo imediato é o Estado. O mediato é o particular ofendido pelo delito.

O tipo objetivo é realizado por três modalidades:

- a) afirmar o falso;
- b) negar a verdade;
- c) calar a verdade.

O tipo subjetivo exige dolo – direto ou eventual. O delito entra em fase de consumação com o encerramento do ato processual. É admissível a tentativa.

Em terceiro plano, registramos a responsabilidade civil do perito, nos limites estabelecidos pelos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

**O art. 186 do CC de 2002 dispõe:** “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

*De igual modo, estabelece o art. 187 do mesmo diploma legal:* “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Regra o art. 927 do CC de 2002, em capítulo sob o título “Da Obrigação de Indenizar”, que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pode, ainda, o perito médico servidor público, por faltas cometidas, responder na esfera administrativa com penas que vão da advertência até a demissão, a bem do serviço público.

## **7 DA PERÍCIA MÉDICA ESTÉTICA E DE SEUS REFLEXOS ÉTICOS**

A beleza estética nunca esteve em tamanha relevância quanto nos tempos modernos, com as mais diversificadas e modernas técnicas existentes, atraindo inúmeras pessoas que buscam maior prazer, bem-estar e uma sensação individual de felicidade pela simples estética corporal.

Assim, vemos que muitos discordam em relação ao quesito beleza e sua definição, não sendo uma análise individual capaz de definir ou julgar, com precisão e imparcialidade, se algo é belo ou não. Um julgamento individual pode apenas definir o que aquele observador pensa.

É de senso comum também que o conceito de beleza é sempre social, ou seja, é necessário que a grande maioria se sinta bem observando aquele ser ou objeto para que se crie o conceito de que aquilo ou aquele é belo, e observamos também que nenhum ser ou objeto é capaz de conseguir a unanimidade no quesito beleza.

Diante dessas colocações, fica possível se compreender de onde surgem os tão discutidos “padrões de beleza”. São eles, na verdade, “pré-conceitos” que a todos são colocados como uma regra a ser seguida, deixando de lado os conceitos pessoais e os próprios interesses e gostos visuais sobre alguém ou qualquer pessoa, estabelecendo assim prévios e determinados padrões instituídos de beleza.

Neste sentido, para o perito em cirurgia plástica ou qualquer procedimento dito estético, é fundamental atentar para esses detalhes, antes de iniciar o que será exclusivamente o relato de “suas” sensações pessoais quanto à análise das formas que estará periciando.

É importante lembrar que o resultado estético de qualquer procedimento cirúrgico passa sempre pela análise subjetiva e individual de beleza, ou seja, beleza se define como aquilo ou a aparência que nos causa bem-estar e prazer, porém, na prática, não conseguimos definir o que é belo com palavras, pois a beleza não é um atributo do ser que produz aqueles sentimentos em outrem.

Assim sendo, tem-se que um dos meios de análise é o julgamento comparativo, no qual se estabelece uma forma de ser possível um parecer isento e adequado, por meio de documentos fotográficos em pré e pós-operatórios.

Esses documentos acabam por permitir uma avaliação, mesmo que pessoal, de possível melhora ou piora do aspecto estético de determinada região do corpo submetida ao procedimento cirúrgico em análise.

A existência, nos dias de hoje, de uma vasta gama de acervos fotográficos digitais auxilia nessa análise, ainda que se tenha uma preferência pelos Tribunais Pátrios das tradicionais fotografias e dos próprios negativos das mesmas como forma de análise prévia sobre a ocorrência ou não de adulteração das imagens.

Dentro do mesmo espectro de análise, ainda se tem a questão da simetria corporal, a qual, como já se sabe, foi mitigada e afastada do mundo jurídico como forma de apuração de eventuais ou supostos erros médicos, considerando que não existe a tal simetria em nenhum ser humano. Assim sendo, a regra é a da harmonia entre os dois lados de qualquer pessoa, considerando que jamais serão iguais, porém harmônicos.

Outrossim, tem-se a ação do tempo sobre a perícia a ser realizada, devendo-se igualmente considerar a individualidade do periciado, tendo sempre em mente que o tempo é determinante em alguns casos, porém não tem ação idêntica a todos, havendo diferenciações a serem consideradas pelo perito-técnico a cada caso analisado.

## **8 DA IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL POR MÉDICOS ESPECIALISTAS EM CADA ÁREA**

Em recentes julgados dos Tribunais Pátrios, a exigência ou a necessidade de um Médico Especialista para o exercício e a realização de perícia técnica vem sendo afastada pelas mais diversas fundamentações, sendo a principal de que a cobrança de uma especialização estaria violando o próprio livre exercício da atividade do médico.

Entretanto, há forte corrente em sentido contrário de que a perícia judicial realizada por médico não especialista somente seria justificável na hipótese de não haver peritos cadastrados na subseção ou no Juízo onde tramitaria a eventual demanda, de modo a não inviabilizar o acesso à justiça.

Ocorre que a Lei, mais especificamente o Código de Processo civil, prevê algo em sentido contrário, como se pode depreender do texto legal:

**Art. 145.** Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, seguindo disposto no artigo 421.

**§ 1º.** Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Cap. VI, seção VII, deste Código.

**§ 2º.** Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. (grifei e sublinhei).

Conforme se depreende da leitura do artigo legal mencionado, em que pese ser o juiz o destinatário da prova, detendo poderes, inclusive, para nomear o perito, este não deve olvidar que a prova tem a finalidade de esclarecer questões técnicas e científicas, sendo necessária a comprovação da

especialidade do expert na matéria em discussão, conforme determinação do § 2º.

Assim, segundo a corrente de advogados atuantes na área, tem-se que o perito nomeado deve possuir conhecimento específico acerca da matéria tratada nos autos, sob pena de implicar em cerceamento de defesa.

A respeito dessa exigência, alguns Tribunais também estão se posicionando a favor, em especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu que médico especialista é imprescindível em perícia de benefícios por incapacidade.

As decisões a seguir transcritas deixam claro que a não realização de perícia por médico especialista é a exceção, e não a regra, como vem acontecendo rotineiramente nos processos de auxílio-doença e/ou aposentadoria por invalidez. Confira-se<sup>3</sup>:

Agravo. Perícia. Médico Especialista. Artigo 145, 2º e 3º, do CPC. Considerando o disposto no artigo 145, 2º, do CPC, e tendo a autora referido problemas de natureza ortopédica, mostra-se necessária a realização da perícia, preferencialmente, por médico especialista em ortopedia/traumatologia,

[...].

Como se vê, tendo o autor referido problemas de natureza ortopédica, mostra-se necessária a realização da perícia, preferencialmente, por médico especialista em ortopedia/traumatologia, podendo o Juiz, na ausência de profissionais qualificados, indicar outros peritos.

No caso dos autos, o Agravante demonstra a existência de peritos cadastrados na área de ortopedia e traumatologia na própria Comarca, não se justificando a nomeação de perito especialista em área diversa da patologia da requerente. Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento<sup>4</sup>.

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA, APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-ACIDENTE. PERÍCIA INTEGRADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. LEGALIDADE. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE OUTRA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA ANULADA.** 1. É admitida a flexibilização da prova pericial pela regra inserta no § 2º do art. 421, do CPC. 2. Ausente comprovação de prejuízo, a realização da audiência de instrução e julgamento juntamente com a perícia médica (integrada), atende aos princípios do contraditório e ampla defesa. 3. No caso houve cerceamento de defesa, pois a perícia judicial não foi realizada por médicos especialistas nas doenças da parte autora, restando dúvida acerca de sua incapacidade laborativa diante do conjunto probatório.<sup>5</sup>

**PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. NECESSIDADE DE LAUDO REALIZADO POR MÉDICO ESPECIALISTA. SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO.** 1. Nas ações em que se objetiva o benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial. 2. Se os males que o segurado alega que lhe afligem, entre outros,

3 Neste sentido segue também: A TNU em Processo nº. 2008.72.51.00.1862-7 – Relª. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva – DJ 05.11.2010 – TNU; e o TRF1 – AC 29037 GO 2005.01.99.029037-9.

4 Agravo Instrumento nº. 0002446-41.2011.404.0000/SC, TRF4, Relator Des. Federal Celso Kipper.

5 TRF4, AC 5002963-44.2010.404.7000, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJ 2/09/2011.

são de natureza traumatológica, é imprescindível a realização de perícia por médico especialista, sob pena de cerceamento de defesa, não suprimindo a exigência produção de laudos por médicos não especializados. 3. Ao juízo de primeiro grau é conferida a direção do processo com prestação jurisdicional célere, justa e eficaz. No duplo grau de jurisdição cabe aos julgadores, se for o caso, verificar se a instrução processual assegurou, de fato, a ampla defesa e o tratamento equânime aos jurisdicionados. 4. A sentença deve ser anulada, com retorno dos autos ao juízo a quo, visando-se a reabrir a instrução processual para realização de nova perícia médica, prejudicado o exame do apelo.<sup>6</sup>

Essa corrente vem representar uma posição doutrinária na qual a exigência de uma prestação jurisdicional justa e apropriada a qualquer caso necessita de peritos especialistas no objeto da perícia, pois o que se tem visto no cotidiano são laudos periciais contraditórios, desprovidos de informações técnicas que possam contribuir para a elucidação da lide.

Em verdade, não são raras as vezes em que as partes se deparam com laudos periciais cujas conclusões são conflitantes com o entendimento do médico especialista assistente que os acompanha desde o início de todo o processo e que atestam conclusões diversas daquela apresentada pelo perito.

E casos assim acabam por dar voz e certa razão à corrente de que o perito a ser nomeado seja um especialista na área em que será feita a perícia médica.

Como explicou o Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº. 1.851/2008, tais médicos possuem funcionalidades distintas:

1. o médico assistente é o profissional que acompanha o paciente em sua doença e evolução e, quando necessário, emite o devido atestado ou relatório médicos e, a princípio, existem condicionantes a limitar a sua conduta quando o paciente necessita buscar benefícios, em especial previdenciários;
2. o médico perito é o profissional incumbido, por lei, de avaliar condição laborativa do examinado, para fins de enquadramento na situação laborativa do examinado, para fins de enquadramento na situação legal pertinente, sendo que o motivo mais frequente é a habilitação a um benefício por incapacidade.

Por conseguinte, convém registrar que alguns juízes entendem que o laudo pericial não realizado por médico especialista pode implicar insuficiência de prova:

**PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. NECESSIDADE DE LAUDO REALIZADO POR MÉDICO ESPECIALISTA. SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO.** 1. Nas ações em que se objetiva o benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial. 2. Se os males que o segurado alega que lhe afligem, entre outros, são de natureza traumatológica, é imprescindível a realização de perícia por médico especialista, sob pena de cerceamento de defesa, não suprimindo a exigência produção de laudos por

<sup>6</sup> Processo nº. 200770990051763, Relator Fernando Quadros da Silva, TRF4, Julgado em 15.03.2010.

médicos não especializados. 3. Ao juízo de primeiro grau é conferida a direção do processo com prestação jurisdicional célere, justa e eficaz. No duplo grau de jurisdição cabe aos julgadores, se for o caso, verificar se a instrução processual assegurou, de fato, a ampla defesa e o tratamento equânime aos jurisdicionados. 4. A sentença deve ser anulada, com retorno dos autos ao juízo *a quo*, visando-se a reabrir a instrução processual para realização de nova perícia médica, prejudicado o exame do apelo.<sup>7</sup>

Diante dos elementos citados, torna-se importante ressaltar que em momento algum se trata de gerar dúvida sobre a capacidade técnica dos médicos peritos judiciais, mas apenas uma corrente que entende ser necessário se vir a ter o cadastro de médicos especialistas nos Tribunais, devendo este ser nomeado para uma aplicação justa e apropriada da lei.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perícia médica tem passado por uma clara revolução nos últimos anos e vem sendo testemunha de profundos avanços e modificações no cenário científico nacional. Ocupa lugar de destaque em todos os campos da Medicina, além de ser uma das grandes protagonistas da sociedade moderna, cuja responsabilidade vai muito além do cunho social, pois define diretamente sobre o direito discutido, muitas vezes se traduzindo na própria sentença a ser proferida.

O seu conhecimento técnico e científico é muito abrangente e extrapola o conhecimento hoje contido nas especialidades, haja vista a necessidade de conhecimentos doutrinários específicos, que fogem do aprendizado habitual curricular e das áreas de atuações dos médicos peritos.

Considerando tratar-se de um trabalho acadêmico limitado, não tão abrangente, ainda assim é possível se compreender que a matéria é por demais abrangente e contém inúmeras especificidades que sequer foram abordadas pelo documento. Todavia se procurou dissecar o máximo possível pelo trabalho proposto, buscando minimamente se alcançar informações básicas mas, ao mesmo tempo, esclarecedoras sobre vários temas.

A abordagem quanto à ética no exercício da perícia técnica é um desses elementos indispensáveis a qualquer estudo, razão pela qual foi um dos tópicos que mais teve atenção, trazendo análise e posicionamento sobre resoluções dos Conselhos Regionais e do Conselho Federal de Medicina que norteiam a boa prática médica.

A interface da Medicina com o Direito, tão bem exemplificada no exame pericial, deve contemplar o olhar médico sobre o ato pericial, vindo, dessa forma, somar-se a tantos outros trabalhos científicos na literatura jurídica e completar os conhecimentos nessa brilhante e promissora área.

O relacionamento profissional do médico perito, à luz da ética, deve se pautar pelo respeito ao ser humano, sem, contudo, deixar de honrar o compromisso com a verdade, a fim de fazer ou subsidiar julgamentos morais, indispensáveis à aplicação do preceito bioético de justiça.

---

<sup>7</sup> Processo nº. 200770990051763, Relator Fernando Quadros da Silva, TRF4, Julgado em 15.03.2010.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, Dardeg de Souza; SÁ JUNIOR, Luiz Salvador de Miranda. Ética e Perícia Médica. **Jornal do Conselho Federal de Medicina**. Brasília, ano XVII, n. 136, p.8, 2002.

ANMP. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MÉDICOS PERITOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (Brasil). 2007. Disponível em: <<http://www.anmp.org.br>>.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico**: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto no 1.651, de 28 de setembro de 1995**. Regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde.

BRASIL. **Decreto no 20.931, de 11 de janeiro de 1932**. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas. Disponível em: <[http://www.crf-rj.org.br/crf/legislacao/leis/legis\\_pro\\_20931.asp](http://www.crf-rj.org.br/crf/legislacao/leis/legis_pro_20931.asp)>. Acesso em: set. 2007.

BRASIL. **Lei 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. **Lei no 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 1 out. 1957.

BRASIL. **Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: set. 2007c.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 13. ed., Editora Saraiva, 2018. p. 316.

COELHO, E. N. **Introdução a conceitos e funções da perícia médica**. Pós-graduação em perícia médica *lato sensu*. 2004/2005 (apostila).

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Parecer-consulta no 11/99**. Dispõe sobre auditoria médica. Aprovado em sessão plenária de 7 abr. 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Parecer AJ no 163/97**. Aprovado em reunião de diretoria em 16 jul. 1997.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Conselho Federal de Medicina**. Resolução no 1.785/06. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 2006. Seção 1, p. 127.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução no 1.614/01**. Trata da inscrição do médico auditor e das empresas de auditoria médica nos Conselhos de Medicina. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 9 mar. 2001, Seção 1, p. 17.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil).. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM no 1.931/09. Brasília: CFM, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução no 1.488/98, de 11 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre normas específicas para médicos que atendam o trabalhador. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 6 mar. 1998. Seção 1, p. 150. Perícia médica 39.

COUTINHO, L. M. **Código de Ética Médica Comentado**. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

COUTO FILHO, A. F.; SOUZA, A. P. **Instituições de direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO FILHO, A. F.; SOUZA, A. P. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Poder Executivo**, Brasília, DF, 2 out. 1995, p. 15.340, seção I. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/auditoria>>. Acesso em: set. 2007.

FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, A. M.; FREIRE, H.; LANA, R. L. **Profissões da saúde**: bases éticas e legais. Rio de Janeiro: Revinter, 2006.

FRANÇA, G. V. **Medicina legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: G. Koogan, 1977.

FRANÇA, G. V. **Comentários ao código de ética médica**. 3. ed. Rio de Janeiro: G. Koogan, 2000.

FRANÇA, G. V. **Medicina Legal**. 8. ed. Rio de Janeiro: G. Koogan, 2008. No prelo.

GONZAGA, P. **Perícia médica da Previdência Social**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004. 40 CFM / Cremeço.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira. **Benefício por incapacidade e perícia médica**: manual prático. Curitiba: Juruá, 2012. p. 270.

GUITIÉRREZ ZALDÍVAR, H.; IRAOLA, N. La importancia de los peritos medicos como auxiliares de la justicia, sus funciones y responsabilidades. **Rev. Assoc. Méd. Argent**, v. 115, no 3, p. 39-42, 2002.

HURTADO HOYO, E. Sobre los peritos medicos. **Rev. Assoc. Méd. Argent.**, v. 115, no 2, p. 3-15, jun. 2002.

LIMA, D. M. V. *et al.* **Câmara técnica de perícias médicas**: pareceres selecionados. Câmaras técnicas do Cremers. Porto Alegre: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, 2006.

MARANHÃO, D. R. **Curso básico de medicina legal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1989.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. RT, 9. ed., 2006. p. 362.

PAULA, A. S. **Epítome da prova pericial no estatuto processual civil brasileiro**. 2007. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1266>>. Acesso em: jul. 2007.

PIGA RIVERO, A. Ética en la pericia medico-legal. **Méd. leg., Costa Rica**, v. 17, no 1, p. 7-8, jul. 2000.

RIGATTO, Mário. **O perfil do médico no século XXI**.

RIGATTO, Mário. RODRIGUES, C. A. S. **Sinopse de medicina legal**. Goiânia: UCG, 2003.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PERÍCIAS MÉDICAS. Disponível em: <<http://www.periciasmedicas.org.br>>. Acesso em: jul. 2007.

SOUSA, T. G. **O papel do médico perito**. Disponível em: <[http://www.msites.com.br/periciamedica\\_apostila\\_per.htm](http://www.msites.com.br/periciamedica_apostila_per.htm)>. Acesso em: jul. 2007.

TAVARES, Elias. Perícia médica. In: ASSAD, José Eberienos (coord.). **Desafios éticos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1993. p. 240-250.

XAVIER FILHO, Ernesto. **Perícia Médica no Processo Civil: como fazer, como entender**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996, p.13.

SITES:

<[www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/CLT/Profis\\_regul/L3268\\_57.html](http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/CLT/Profis_regul/L3268_57.html)>. Acesso em: set. 2007b.

<https://jus.com.br/artigos/21081/pericia-medica-a-convergencia-entre-a-medicina-e-o-direito>

<https://portal.trf1.jus.br/data/files/0A/23/7F/80/C224B310028EE3B3842809C2/A%20questao%20da%20especialidade%20na%20pericia%20medica-judicial.pdf>

<https://acperitos.com.br/cientifico/atuacao-etica-do-perito-judicial-ao-avaliar-o-erro-medico>

<https://www.editorajc.com.br/a-importancia-legal-da-pericia-medica/>



# **A resolução 198/2019 e os conflitos jurídicos causados pelo reconhecimento da harmonização orofacial como especialidade odontológica**

**Luana Vieira de Jesus Leocádio<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo promover uma análise entre a Resolução nº 198/2019 do Conselho Federal de Odontologia que regulamenta a atividade de Harmonização Orofacial realizada por cirurgiões-dentistas e os conflitos legislativos e jurídicos entre a lei nº12.842/2013 e a Resolução nº 230/2020 do Conselho Federal de Odontologia.

Palavras-chave: Resolução. Cirurgiões-dentistas. Medicina. Conflitos.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

## ABSTRACT

This article aims to promote an analysis between Resolution nº 198/2019 of the Federal Council of Dentistry, which regulates the activity of Orofacial Harmonization performed by dentists and the legislative and legal conflicts between Law nº 12.842/2013 and Resolution nº 230/2020 of the Federal Council of Dentistry.

Keywords: Resolution. Dental surgeons. Medicine. Conflicts.

## 1 INTRODUÇÃO

A odontologia tem como objetivo, de acordo com seu próprio código de ética, a saúde do ser humano. Ao utilizar da sua expertise para realização de procedimentos estéticos, como a harmonização orofacial, a profissão expandiu seu conhecimento técnico para abranger procedimentos que antes eram realizados somente pela medicina especializada, como dermatologistas e cirurgiões plásticos.

O Brasil ocupa o 2º lugar no *ranking* global de procedimentos estéticos, de acordo com a Pesquisa Internacional sobre Procedimentos Cosméticos e Estéticos da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (International Society of Aesthetic Plastic Surgery – ISAPS). Em 2018, foi registrado um aumento significativo de 10,4% na realização de procedimentos estéticos não cirúrgicos, sendo, portanto, um mercado pujante (VALVERDE *et al.*, 2020).

Há mais de uma década, cirurgiões-dentistas buscam exercer atividades estéticas que correspondem a sua área anatômica de atuação.

A publicação da Resolução 198/2019 pelo Conselho Federal de Odontologia trouxe um marco importante para a ampliação das funções exercidas pelo cirurgião-dentista devido ao amplo mercado profissional e econômico.

Entretanto, essa ampliação acarretou grandes conflitos institucionais e jurídicos, além de uma disputa importante pela exclusividade na realização de procedimentos que até então eram exclusivos da classe médica.

Nessa esteira, o presente artigo discorre sobre a busca dos cirurgiões dentistas para a promoção da resolução 198/2019 e os conflitos entre a classe médica e o Conselho Federal de Odontologia.

Este artigo é fundamentado com base legislativa e artigos científicos.

## 2 A MOVIMENTAÇÃO DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA HARMONIZAÇÃO OROFACIAL

O artigo 6º, inciso I da lei 5.081/1966, que regulamenta o exercício da odontologia, discorre:

Art. 6º Compete ao cirurgião-dentista:

I - praticar todos os atos pertinentes a Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós- graduação;

Como pode ser observado, a lei 5.081/1966 que regulamenta a atividade odontológica possui uma grande lacuna, que permite que os cirurgiões-dentistas possam abranger novas especialidades, desde que esses profissionais realizem cursos regulares ou cursos de pós-graduação, não sendo específica de fato sobre as atividades privativas da Odontologia.

Em 2005, foi aprovada pela Resolução 63 a Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia, que em seu artigo 73 considera a atuação do cirurgião-dentista na harmonização da face.

Com o reconhecimento de que profissionais da odontologia podiam atuar na harmonização da face, cirurgiões-dentistas passaram a realizar procedimentos com ácido hialurônico e toxina botulínica para fins estéticos sem qualquer regulamentação.

Em 2011, o Conselho Federal de Odontologia publicou a Resolução 112, proibindo o uso de ácido hialurônico e o uso da toxina botulínica para fins estéticos.

No ano de 2016, o Conselho Federal de Odontologia publicou a Resolução 176, a qual passou a autorizar a utilização de toxina botulínica e preenchedores faciais, além de especificar a área anatômica de atuação do cirurgião dentista em seu artigo 1º, §1º. (Figura 1). Senão veja:

Art. 1º. Autorizar a utilização da toxina botulínica e dos preenchedores faciais pelo cirurgião-dentista, para fins terapêuticos funcionais e/ou estéticos, desde que não extrapole sua área anatômica de atuação

§ 1º. A área anatômica de atuação clínico-cirúrgica do cirurgião-dentista é superiormente ao osso hioide, até o limite do ponto nácio (ossos próprios de nariz) e anteriormente ao tragus, abrangendo estruturas anexas e afins.

**Figura 1 - Área de atuação do cirurgião-dentista**



Fonte: Minuano Saúde (2019).

Nessa esteira, em 2019, o Conselho Federal de Odontologia publicou a Resolução 198, a qual regulamenta a Harmonização Orofacial como especialidade odontológica, sendo considerados especialistas na área aqueles que preencherem os seguintes pré-requisitos:

Art. 5º. Serão reconhecidos como cursos de especialização em Harmonização Orofacial os que contenham carga horária mínima de 500 (quinhentas) horas, divididas, no mínimo, 400 (quatrocentas) horas na área de concentração, 50 (cinquenta) horas na área conexa e 50 (cinquenta) horas para disciplinas obrigatórias.

§ 1º Na área de concentração deverão constar, no mínimo, disciplinas de preenchedores faciais e toxina botulínica, fios orofaciais, lipoplastia facial, agregados leuco-plaquetários autólogos, mesoterapia e indutores percutâneos de colágeno e fototerapia facial.

§ 2º Na área conexa deverão constar, no mínimo, disciplinas de anatomia de cabeça e pescoço, histofisiologia, anatomia da pele (epiderme, derme e tecido subcutâneo), farmacologia e farmacoterapia. § 3º Na área obrigatória deverão constar, no mínimo, as disciplinas de ética e legislação odontológicas, metodologia científica e bioética.

Ou seja, a lei 5.081/1966, que regulamenta a atividade odontológica, possui grande abertura, permitindo aos profissionais da área odontológica abrangerem novas especialidades, desde que realizem cursos regulares ou cursos de pós-graduação, não sendo específica de fato sobre as atividades privativas da Odontologia.

Assim como a Lei 5.081/1966, a Resolução 198/2019 em seu artigo 3º, o qual determina a competência de atuação do cirurgião dentista nos procedimentos de harmonização orofacial, não é específica quanto aos procedimentos que podem ser realizados pelos profissionais, o que levou os cirurgiões-dentistas a interpretarem de forma extensiva, uma vez que a região orofacial abrange praticamente toda a face.

A ausência de especificação em relação aos procedimentos permitidos aos cirurgiões-dentistas em lei fez com que esses profissionais passassem a realizar procedimentos do âmbito das especialidades médicas de dermatologia e cirurgia plástica, acarretando uma grande disputa profissional.

### **3 DAS DISPUTAS PROFISSIONAIS – A LEI 12. 843/2013 E OS CONFLITOS LEGISLATIVOS COM A RESOLUÇÃO 198/2019**

Com a atuação de cirurgiões-dentistas em áreas que eram reconhecidas como exclusivas da Medicina, o Conselho Federal de Medicina ingressou Ação Civil Pública (Processo: 1003948-83.2019.4.01.3400), com pedido liminar contra o Conselho Federal de Odontologia, alegando que a Resolução 198/2019 editada pelo CFO contraria a legislação 12.842/2013, exigindo a suspensão das atividades exercidas pelos cirurgiões-dentistas.

O principal argumento da classe médica é que o Conselho Federal de Odontologia tenta ampliar irregularmente o escopo de atuação de dentistas, invadindo a esfera de atuação exclusiva dos médicos, segundo disposições expressas da Lei do Ato Médico (nº 12.842/2013)<sup>2</sup>, além de destacar a ausência de lei federal que permita e dê respaldo às atividades dispostas em ato normativo de caráter infralegal.<sup>3</sup>

2 Departamento Jurídico da Sociedade Brasileira de Dermatologia. Dermatologistas questionam na Justiça resolução do Conselho Federal de Odontologia, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.sbd.org.br/noticias/dermatologistas-questionam-na-justica-resolucao-do-conselho-federal-de-odontologia/>. Acesso em: 15 fev. 2022.

3 PORTAL CFM. <https://portal.cfm.org.br/noticias/entidades-medicas-entram-na-justica-contra-resolucao-do-conselho-federal-de-odontologia/>

Contudo, a 8ª Vara Federal Cível do Distrito Federal indeferiu o pedido liminar do CFM e reconheceu a competência legal dos cirurgiões-dentistas de realizarem harmonização orofacial, conforme trechos da decisão a seguir colacionada:

Nos termos do art.5º, XIII, da Constituição, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas, apenas e tão somente, as qualificações profissionais que a lei, em sentido formal, estabelecer. À míngua de exigências legais específicas, pela regra constitucional retrorreferida, é evidente que não se pode restringir lícitamente o âmbito de atuação de uma determinada profissão. A Lei 5.081/1966, que regula o exercício da Odontologia, estabelece em seu artigo 6º, inciso I, que compete ao cirurgião-dentista PRATICAR TODOS OS ATOS PERTINENTES A ODONTOLOGIA, DECORRENTES DE CONHECIMENTOS ADQUIRIDOS EM CURSO REGULAR OU EM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO. Por outro lado, a Lei 12.842/2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina, ao regular as atividades que são privativas dos médicos, dispôs em seu art.4º, inciso III, a INDICAÇÃO DA EXECUÇÃO DE PROCEDIMENTOS INVASIVOS, SEJAM DIAGNÓSTICOS, TERAPÊUTICOS OU ESTÉTICOS. Tal asserção, num primeiro momento, passa a impressão de que todo e qualquer procedimento invasivo seria ato privativo do médico. Ocorre que prosseguindo no exame do dispositivo legal em questão, nos deparamos com a definição do que se deve entender como procedimento invasivo, qual seja: aquele caracterizado pela INVASÃO DOS ORIFÍCIOS NATURAIS DO CORPO ATINGINDO ÓRGÃOS INTERNOS (art.4º, §4º). E mais adiante, dispõe o §6º do multicitado artigo 4º da Lei do Ato Médico: O DISPOSTO NESTE ARTIGO NÃO SE APLICA AO EXERCÍCIO DA ODONTOLOGIA, NO ÂMBITO DE SUA ATUAÇÃO. Pois bem. Os procedimentos odontológicos referidos na RESOLUÇÃO CFO-198/2019 são os seguintes: aplicação da toxina botulínica, de preenchedores faciais e de agregados leucoplaquetários autólogos na região orofacial e em estruturas anexas e afins; intradermoterapia e aplicação de biomateriais indutores percutâneos de colágeno com o objetivo de harmonizar os terços superior, médio e inferior da face, na região orofacial e estruturas relacionadas anexas e afins; procedimentos biofotônicos e/ou laserterapia, na sua área de atuação e em estruturas anexas e afins; e lipoplastia facial, mediante técnicas químicas, físicas ou mecânicas na região orofacial, técnica cirúrgica de remoção do corpo adiposo de Bichat (técnica de Bichectomia) e técnicas cirúrgicas para a correção dos lábios (liplifting) na sua área de atuação e em estruturas relacionadas anexas e afins. A Harmonização Orofacial, portanto, embora possa ser invasiva – um conceito extremamente vago e relativo – restringe-se à região anatômica, grosso modo, da boca, do pescoço e da face (cabeça). A região orofacial corresponde anatomicamente à região bucomaxilofacial que, desde a edição da Portaria CFO-54, de 2 de novembro de 1975, está inserida numa das searas de especialização da Odontologia, qual seja, a Cirurgia e Traumatologia Bucocomaxilofacial. Malgrado sejam especialidades distintas, ambas as especialidades da Odontologia, tanto a antiga Cirurgia e Traumatologia Buco-maxilo-facial, quanto a novel Harmonização Orofacial, atuam aparentemente sobre a mesma região anatômica, área que parece ser comum também às especialidades médicas da Cirurgia Plástica, da Dermatologia, da Otorrinolaringologia, da Neurocirurgia e da Cirurgia de Cabeça e Pescoço. Não há dúvida, portanto, de que a Harmonização Orofacial é uma legítima especialidade odontológica, muito embora incida sobre uma região anatômica comum também a diversas outras especialidades médicas, razão por que não vislumbro a aventada privatividade da Medicina *in casu*, não havendo que se falar, portanto, em ilegalidade.

A referida decisão, além de reconhecer a constitucionalidade da Resolução 198/2019, reconhece como legítima a área de atuação abordada pelos profissionais em odontologia.

A ação civil não possui sentença transitada em julgado ou qualquer decisão interlocutória que suspenda as atividades dos cirurgiões dentistas no que se refere aos procedimentos estéticos orofaciais, fazendo com que esses profissionais prossigam com suas atividades normalmente.

#### 4 A RESOLUÇÃO 230 DE 2020 E OS CONFLITOS JURÍDICOS ATUAIS

Tendo em vista que a Resolução 198/2019 não é específica quanto aos procedimentos que podem ser realizados, os cirurgiões-dentistas passaram a realizar interpretação extensiva da resolução e com isso executar procedimentos que até então eram exclusivos da especialidade de cirurgia plástica, como rinoplastias, blefaroplastias, alectomia e qualquer outro procedimento que aborde a área anatômica permitida para esses profissionais.

Com o crescimento desenfreado de cirurgias estéticas e com a ausência de estudos científicos específicos para cirurgiões-dentistas, o Conselho Federal de Odontologia publicou a Resolução 230/2020, a qual regulamenta o artigo 3º da Resolução 198/2019, que veda a prática dos seguintes procedimentos pelo cirurgião-dentista.

Nessa esteira, a Resolução 230/2020, dispõe:

Art. 1º. Fica vedada ao cirurgião-dentista a realização dos seguintes procedimentos cirúrgicos na face:

- a) Lectomia;
- b) Blefaroplastia;
- c) Cirurgia de castanhares ou *lifting* de sobrancelhas;
- d) Otoplastia;
- e) Rinoplastia; e
- f) Ritidoplastia ou *Face Lifting*.

A publicação da Resolução 230/2020 trouxe a inconformação de cirurgiões-dentistas perante o Conselho Federal de Odontologia, fazendo com que os profissionais buscassem meios jurídicos para vedar a resolução e continuar realizando os procedimentos não permitidos.

Desse modo, cirurgiões-dentistas ingressaram com Ação de Procedimento Comum com Pedido Liminar de Tutela de Urgência nº 1048510-73.2021.4.01.3800, para suspensão do artigo 1º da Resolução 230/2020, o que foi acolhido em sede de Agravo de Instrumento nº 1031790-82.2021.4.01.0000, sob os seguintes fundamentos:

A atribuição do CFO, de “expedir as instruções necessárias ao funcionamento dos conselhos regionais” (Lei 4.324/1964 art. 4º, alínea “g”), evidentemente, não autoriza a vedação prevista no art. 1º da mencionada resolução.

Ainda que o CFO tivesse competência para estabelecer vedações ao exercício profissional, os

procedimentos cirúrgicos na face humana são atos pertinentes aos graduados e pós-graduados em Odontologia, conforme a Lei 5.081/1966:

Art. 6º Compete ao cirurgião-dentista:

I - praticar todos os atos pertinentes a Odontologia, decorrentes de conhecimentos adquiridos em curso regular ou em cursos de pós-graduação; “Odontologia é a área da saúde humana que estuda e trata do sistema estomatognático – que compreende o crânio, a face, o pescoço e cavidade bucal, abrangendo ossos, musculatura mastigatória, articulações, dentes e tecidos”. Não cabe ao Conselho Federal de Odontologia “questionar” a formação acadêmica dos graduados ou pós-graduados (os agravantes/autores). Isso é atribuição do Conselho Nacional de Educação, conforme Resolução 3 de 21.06.2021, editada com fundamento na Lei 9.394/1996, art. 9º, de “diretrizes e base da educação nacional”:

Art. 9º. A União incumbir-se-á de:

...VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

...IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

As “atividades privativas do médico”, previstas no art. 4º da Lei 12.842/2013, “não se aplicam ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação” (§ 6º). Isso significa que estão preservados “todos os atos pertinentes à Odontologia”, nos termos do art. 6º/I da Lei 5.081/1966.

As vedações aos profissionais de Odontologia são aquelas previstas no art. 7º da Lei 5.081/1966 e as relacionadas com a “ética profissional” cabendo ao Conselho Federal de Odontologia regulamentar esta última:

Art. 7º. É vedado ao cirurgião-dentista:

- a) *expor em público trabalhos odontológicos e usar de artifícios de propaganda para granjear clientela;*
- b) *anunciar cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento eficaz;*
- c) *exercício de mais de duas especialidades;*
- d) *consultas mediante correspondência, rádio, televisão ou meios semelhantes;*
- e) *prestação de serviço gratuito em consultórios particulares;*
- f) *divulgar benefícios recebidos de clientes;*
- g) *anunciar preços de serviços, modalidades de pagamento e outras formas de comercialização da clínica que signifiquem competição desleal.*

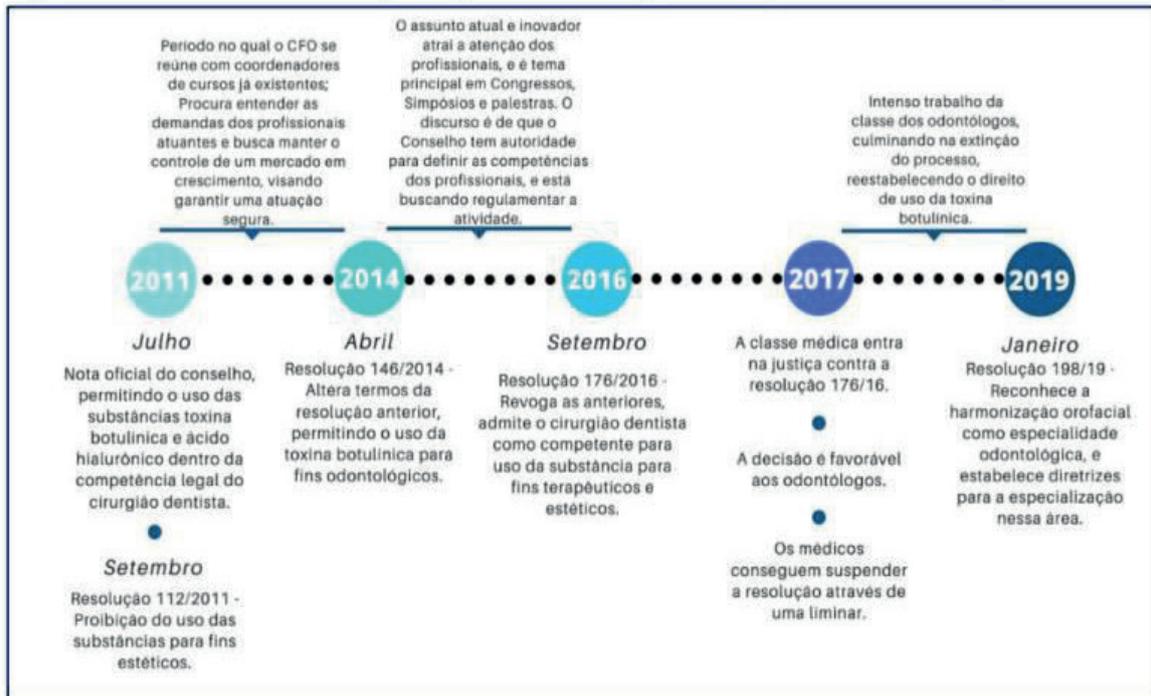
A decisão trata-se de um passo para a regulamentação das atividades pelos cirurgiões dentistas, fazendo com que haja movimento do Conselho Federal de Odontologia para o aprimoramento dos cursos de graduação e pós-graduação junto ao MEC (Ministério da Educação).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vazio institucional causado pelo movimento dos cirurgiões-dentistas ao realizarem procedimentos em uma área reconhecida como de domínio médico, sem a edição de resoluções ou qualquer legislação que regule suas atividades, causou uma grande disputa com a classe médica.

A falta de legislação e normas regulamentando a Harmonização Orofacial gerou uma movimentação intensa entre os cirurgiões-dentistas, marcada por avanços e retrocessos, conforme histórico dos principais fatos ocorridos nos últimos 11 anos, como pode ser visto na Figura 2:

**Figura 2 – Histórico das disputas profissionais pelo campo da harmonização orofacial**



Fonte: Valverde *et al.* (2020).

Suddaby e Viale (2011 apud Valverde *et al.*, 2020)) explicam que pelas profissões estarem inseridas em campos, ao realizarem uma mudança no seu projeto profissional, esta irá repercutir e influenciar outras instituições. Assim, conforme análise documental, a classe médica reagiu e buscou manter as fronteiras da sua atuação, causando instabilidade para os cirurgiões-dentistas que foram pioneiros na especialidade.

O Conselho Federal de Odontologia não contrariou a legislação ao estabelecer a regulamentação de procedimentos orofaciais, uma vez que agiu em conformidade com a lei 5.081/1966, regulamentando apenas uma atividade que foi abordada de forma independente pelos cirurgiões-dentistas.

Contudo, o desalinhamento entre os cirurgiões dentistas e o Conselho Federal de Odontologia afeta diretamente a classe, demonstrando uma grande deficiência na capacitação acadêmica desses profissionais para abordarem a atividade regulamentada.

## REFERÊNCIAS

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Consolidação das normas para procedimentos nos conselhos de odontologia.**. Disponível em: <https://transparencia.cfo.org.br/wpcontent/uploads/2018/03/consolidacao.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE PERNAMBUCO. **Justiça Federal indefere pedido de anulação da Resolução CFO 198/2019 - Harmonização Orofacial - por parte do CFM e Associações Médicas.**. Disponível em: <https://www.cro-pe.org.br/noticia.php?idNot=2333>. Acesso em: 15 fev. 2022.

CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Justiça Federal do RN suspende aplicação de botox e preenchedores faciais por parte dos dentistas.** Disponível em: <https://www.cromn.org.br/noticias/ver/946>. Acesso em: 19 fev. 2022.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. **Dermatologistas questionam na Justiça resolução do Conselho Federal de Odontologia**, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.sbd.org.br/noticias/dermatologistas-questionam-na-justica-resolucao-do-conselho-federal-de-odontologia/>. Acesso em: 15 fev. 2022.

LEI 12.842/2013, **Lei Ordinária de 10 de julho de 2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm). Acesso em: 30 jan. 2022.

LEI 5.081/1966. **Lei Ordinária de 24 DE AGOSTO DE 1966**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15081.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15081.htm). Acesso em: 30 jan. 2022.

MINUANO SAÚDE. Harmonização Orofacial. **Jornal Minuano Online** 2020. Disponível em: <https://www.jornalminuano.com.br/noticia/2019/04/15/harmonizacao-orofacial>. Acesso em: 30 jan. 2022.

PORTAL CFM. **Entidades médicas entram na Justiça contra resolução do Conselho Federal de Odontologia**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/entidades-medicas-entram-na-justica-contra-resolucao-do-conselho-federal-de-odontologia/>: Acesso em: 15 fev. 2022.

PROCESSO 1003948-83.2019.4.01.3400. **Ação Civil Pública**. Justiça Federal da 1ª Região. Disponível em: <https://www.apcd.org.br/anexos/justica-federal-da-1-regiao-liminar.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RESOLUÇÃO 230/2020 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <http://sistemas.cfo.org.br/visualizar/atos/RESOLU%C3%87%C3%83O/SEC/2020/230>. Acesso em: 30 jan. 2022.

RESOLUÇÃO.198/2019 DO CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Disponível em: <http://sistemas.cfo.org.br/visualizar/atos/RESOLU%C3%87%C3%83O/SEC/2019/198>. Acesso em: 30 jan. 2022.

VALVERDE Jessica; BEZERRA Douglas; ALENCAR, Luciene; OLIVEIRA, Samir. **Trabalho Institucional Profissional Estratégico em Vazios Institucionais: o Caso da Harmonização Orofacial**

na Odontologia, Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração. 2020. Disponível em: [http://www.anpad.org.br/eventos.php?cod\\_evento=3&cod\\_evento\\_edicao=105&cod\\_edicao\\_subsecao=1177&cod\\_edicao\\_trabalho=27724](http://www.anpad.org.br/eventos.php?cod_evento=3&cod_evento_edicao=105&cod_edicao_subsecao=1177&cod_edicao_trabalho=27724). Acesso em: 17 fev. 2022.



### RESUMO

A finalidade deste artigo é trazer algumas considerações médicas que fogem do entendimento jurídico, mostrando a impossibilidade de garantir um resultado cirúrgico perante grandes variáveis que encontramos no organismo após uma cirurgia. Desde que o médico tenha um comportamento ético, os conceitos de fisiologia humana diante de uma cirurgia plástica devem ser levados em consideração. A interpretação de algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, alguns artigos do Código de Ética Médica, do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, mostra a impossibilidade de a cirurgia plástica estética ser considerada de resultado, fazendo ser entendida como objetivo de meio, como todas as outras especialidades médicas.

Palavras-chave: Objetivo de meio. Cirurgia Plástica. Fisiologia Humana.

---

1 Artigo apresentado como requisito para obtenção do título de Pós-graduação em Direito Médico e Odontológico UCA – Universidade Corporativa Anadem.

2 Rodrigo Bredariol Achilles é médico com título de especialista em Cirurgia Plástica pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica em 2002 e membro titular dessa sociedade. Mestre em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, Pós-Graduado em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, Pós-Graduado em Plástica Clínica pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - USP, Consultor Médico da Cirurgia Segura – ANADEM – Associação Brasileira de Direito Médico e Bioética, e membro da ASOLADEME.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to bring some medical considerations that are outside the legal understanding, showing the impossibility of guaranteeing a surgical result in the face of the great variables that we find in the body after surgery. As long as the physician has an ethical behavior, the concepts of human physiology in the face of plastic surgery should be taken into account. The interpretation of some resolutions of the Federal Council of Medicine, some articles of the Code of Medical Ethics, the Civil Code and the Consumer Protection Code, shows the impossibility of cosmetic plastic surgery being considered a result, making it understood as a means objective, like all other medical specialties.

Keywords: Middle goal. Plastic surgery. Human Physiology.

## 1 INTRODUÇÃO

Os primeiros relatos sobre a cirurgia plástica datam de 1.700 a.C. no papiro de Edwin Smith (JAMES, 2005), um texto sobre a medicina praticada no antigo Egito. Em 1.550 a.C., a cirurgia plástica voltou a ser comentada nos papiros de Ebers (ENCICLOPÉDIA BRITÂNICA, s.d.), considerado um dos mais antigos e importantes tratados médicos que se conhece. Os primeiros relatos sobre o assunto, com detalhes técnicos e anatômicos apareceu entre o século III e IV escritos por Sushruta Samhita, fundador da medicina tradicional indiana, que mostra detalhes sobre um retalho de pele para corrigir a ponta do nariz, que na época eram amputados nos prisioneiros de guerra ou nas mulheres que cometiam adultério (Dwivedi & Dwivedi, 2007).

O Papa Inocêncio III, no século XII, chegou a proibir as cirurgias plásticas por considerar “arte do demônio”, e por isso a humanidade foi privada de seus benefícios por mais de 400 anos (WOLFENSON, 2005).

Um fato importante para a história da medicina, e principalmente o desenvolvimento da cirurgia, foi o registro da primeira anestesia, em 1846, no Hospital Geral de Massachusetts em Boston, pelo dentista Dr. Willian Thomas Green Morton, que anestesiou um paciente para o Dr. John Collins Warren remover um tumor do seu pescoço (LOG, 1849). Foi ainda nesse século que grandes descobertas, como as luvas cirúrgicas, o RX, a esterilização e alguns materiais cirúrgicos permitiram o avanço da cirurgia em geral. Em 1928, Alexandre Fleming descobriu a penicilina, outro feito de extrema importância para a segurança cirúrgica, que praticamente resolveu as mortes causadas pela “febre do terceiro dia”, que frequentemente acometia os enfermos cirúrgicos.

Apesar de a cirurgia plástica ter uma história marcante desde os tempos remotos, ela passou a ter mais importância durante as grandes guerras. Nesse período, a cirurgia plástica passou a ser fundamental na restauração dos combatentes mutilados e deformados por traumas da guerra, oferecendo a essas pessoas a possibilidade de serem aceitas no retorno a suas atividades sociais. Ficou evidente que a cirurgia plástica era uma área cirúrgica de restauração e embelezamento com o objetivo de reinserir o organismo a sua vida social, com reestabelecimento de sua autoestima, vontade de viver e conviver com seu semelhante, e desenvolver seu empenho no trabalho do dia a dia.

Na cultura moderna, a busca pela forma e aparência para facilitar a inserção no mercado de trabalho e alcançar o sucesso profissional fez da cirurgia plástica mais um caminho para chegar a esse objetivo.

Hoje, a cirurgia plástica brasileira é considerada uma das mais desenvolvidas de todo o mundo, dividindo o *status* de primeiro lugar em qualidade e número de cirurgias realizadas com os Estados Unidos (HANNOVER, 2020), segundo as últimas publicações do ISAPS (International Society of Aesthetic Plastic Surgery), mostrando a importância que essa especialidade médica desempenha no nosso país.

O cirurgião plástico opta por essa especialidade médica quando acredita que tem as habilidades adequadas para exercer a arte de transformar o corpo de seus pacientes. O sucesso de seu trabalho

pode mostrar suas qualidades como bom cirurgião, se conseguir bons resultados, ou pode estar fadado ao esquecimento e ter uma péssima reputação, caso seus resultados não sejam agradáveis, obrigando o médico a optar por outra área médica e enfrentar grandes descontentamentos, e quem sabe algumas demandas judiciais. Se a intenção é manter-se nessa especialidade após longos anos de formação, é necessário se dedicar para que seus resultados melhorem a cada dia, atraindo cada vez mais pacientes aos seus cuidados. Desta forma, pode ser concluído que, quando um paciente procura um cirurgião plástico, este tem a intenção de obter o melhor resultado possível, devendo, inclusive, contraindicar a cirurgia desejada se prever um resultado não favorável ou um risco desnecessário.

Com o aumento da popularização dessa especialidade médica, aumentaram também as insatisfações com os resultados e, conseqüentemente, os processos contra os cirurgiões. Em uma simples busca no site Jusbrasil (realizada em 10 de fevereiro de 2022 - <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=cirurgia+plastica>), podemos encontrar mais de 10.000 peças contra cirurgiões plásticos no país, evidenciando a importância do tema estudado.

## 2 OBJETIVO

O objetivo do presente trabalho é mostrar uma visão médico-jurídica justificando que a cirurgia plástica (estética e reparadora), como especialidade médica única, deve ser considerada resultado de meio e não de fim, como alguns juristas acreditam. A finalidade é trazer algumas considerações médicas que fogem do entendimento jurídico, mostrando a impossibilidade de garantir um resultado cirúrgico diante das grandes variáveis que encontramos no organismo após um trauma cirúrgico.

## 3 PRINCÍPIOS

### 3.1 O organismo e o trauma cirúrgico

A mudança da forma de uma matéria inanimada, como mármore, madeira, gesso etc., é de total controle humano, permitindo que a criatividade e o senso artístico do homem não tenham limites. Uma vez alterada a matéria inorgânica, a forma dessa matéria deve permanecer inalterada até que uma outra força aja sobre ela, alterando seu estado de repouso e, conseqüentemente, sua forma. Esse fato é fácil de se confirmar visitando qualquer museu do mundo, admirando obras clássicas, como a Pietà de Michelangelo Bounarotii, na Basílica de San Pedro no Vaticano, que permanecem inalteradas desde o ano de 1499. Tanto no desenho como na escultura, a forma pode ser mostrada como o artista deseja. Infelizmente isso não acontece na cirurgia plástica, que busca a mudança da forma de um organismo vivo em frequentes modificações.

A composição do organismo humano já justifica a impossibilidade de se conseguir um resultado objetivo a um trauma. 60% dele é composto por água. A camada de gordura que cobre o corpo

varia de acordo com o peso e esconde a forma se estiver em excesso. A pele pode mostrar vários graus de elasticidade, e isso influi diretamente na sustentação do que está abaixo dela. Os músculos se desenvolvem de acordo com a necessidade de cada um, e a forma como eles se apresentam está intimamente relacionada a sua utilização, assim como todos os outros sistemas do corpo humano. Essas diferenças permitem que haja alguns resultados não esperados, ou “erros” na evolução do período de recuperação, muito bem documentado pelo relatório anual de intercorrências em cirurgia plástica em 2020<sup>3</sup>, mostrando as intercorrências que aconteceram em 21.772 cirurgias no Brasil naquele ano. Os resultados encontrados nesse relatório são compatíveis com a literatura nacional (SALDANHA et al., 2014; GEMPERLI, 2019; MAXIMILIANO, 2017).

Algumas reações ao trauma são muito conhecidas, mas não exatas. Para o entendimento do direito médico, são necessárias algumas considerações importantes sobre a fisiologia dos tecidos, ou seja, como eles se comportam após um trauma cirúrgico, tenha ele o carácter reconstrutor ou estético. Logo após uma agressão nos tecidos do organismo, inicia um processo de restauração chamado de cicatrização (CARREL, 1910), que é descrita em detalhes nos itens seguintes.

### ***3.1.1 A cicatrização dos tecidos***

Carrel, em 1910, descreveu a sequência ordenada do processo de cicatrização de um organismo. Ele dividiu o processo em 3 fases: fase inflamatória, fase de proliferação de tecidos ou granulação, e fase de remodelação ou maturação tecidual (CLARK, 2005). Após a lesão dos tecidos, por qualquer tipo de trauma, o sangue entra em contato com os tecidos e provoca uma degradação das plaquetas, que ativam a cascata de coagulação para conter o sangramento e ativam o complemento (WITTE; BARBUL, 1997), que dará início a várias reações químicas para trazer para o local algumas células que iniciarão o processo de destruição de bactérias realizadas pelos neutrófilos, liberando fatores de crescimento, como TGF- $\beta$ , com o objetivo de repor o tecido lesado. Os neutrófilos são substituídos pelos macrófagos, responsáveis pelo desbridamento cirúrgico, ou seja, a limpeza da área do trauma (BROUGHTON; JANIS; ATTINGER, 2006). Os macrófagos produzem citocinas e outros fatores de crescimento, ajudando na formação de novos vasos, na proliferação celular e na formação de matriz extracelular, iniciando a segunda fase da cicatrização, a fase proliferativa.

Essa próxima fase é responsável pela epitelização (formação do epitélio), pela angiogênese (formação de novos vasos), pelo tecido de granulação e pelo colágeno e elastina do novo tecido. Quando o organismo identifica o trauma, ou seja, a perda da continuidade normal da pele, a epitelização inicia com o crescimento do epitélio da borda da ferida para o centro dela, até sua total cobertura. Os novos vasos vão surgindo com o objetivo de levar sangue à região, estimulados pelo TNF- $\alpha$  (fator de necrose tumoral), formando os capilares. O tecido formado durante essa fase se chama tecido de granulação e é produzido por uma célula chamada fibroblasto, responsável pela produção e organização de colágeno e elastina, estimulados pelo PDGF (fator de crescimento derivado de plaquetas. O

<sup>3</sup> Relatório anual de intercorrências da Cirurgia Segura. 2.020.

TGF- $\beta$  (fator de crescimento tecidual) estimula os fibroblastos a produzirem colágeno tipo I e a contração dos miofibroblastos, que têm a função de se contraírem, diminuindo a área da ferida (CLARK, 2005; WITTE; BARBUL, 1997; BROUGHTON; JANIS; ATTINGER, 2006).

A última fase é a de maturação de colágeno, em que o colágeno tipo III (o primeiro a ser produzido, mais fino e desorganizado) se transforma no colágeno tipo I, que é mais resistente e cujas fibras são paralelas entre si, evidenciando a evolução de um processo complexo e individualizado que é a cicatrização. A falta ou o excesso de qualquer um dos componentes citados pode resultar em um desastre estético da cicatriz (BROUGHTON; JANIS; ATTINGER, 2006).

O incrível e complexo processo de reparação do organismo está apenas resumido, para que os colegas de Direito consigam ter uma vaga ideia da dimensão que ele apresenta e as inúmeras possibilidades de resultado diferentes dessas reações químicas que tal processo pode mostrar. Uma simples alteração em apenas um desses fatores pode mudar completamente o desfecho desse processo e comprometer gravemente a qualidade que a cicatriz vai apresentar.

### ***3.1.2 Fatores orgânicos que interferem na cicatrização dos tecidos***

Após a lesão do tecido, sua barreira é danificada, e o organismo inicia diversos mecanismos celulares e moleculares, a fim de reestabelecer a função fisiológica do maior órgão do corpo humano, a pele (GUSHIKEN et al., 2021; OGAWA et al., 2021; HAWASHI et al., 2021). Para que se mantenha o equilíbrio correto no processo de cicatrização, os mecanismos não podem apresentar falhas e não pode haver qualquer interrupção ou alteração na intensidade de nenhuma dessas reações químicas. Fatores como: envelhecimento, estresse, infecções, hipóxia, nutrição, drogas, taxas hormonais, genética e várias doenças crônicas interferem diretamente em cada fase desse processo, deixando ainda mais claras as infinitas possibilidades de respostas ao mesmo estímulo em organismos diferentes.

### ***3.1.3 Tipos de cicatrização patológica***

Algumas mudanças nas reações químicas ou no desequilíbrio na produção de tecido cicatricial podem resultar em uma cicatriz patológica (BOJANIC et al., 2021), ou seja, uma cicatriz que não evolui de uma forma previsível, alterando a forma dessa cicatriz. Fisiologicamente, a cicatriz deve copiar a forma, a textura, e a cor, os tecidos vizinhos, mantendo-se esteticamente agradável, o que não se observa nas cicatrizes patológicas. Alguns exemplos são: *queloides* (produção descontrolada de colágeno, aparentando verdadeiros tumores de cicatriz), *cicatrizes hipertrofias* (cicatriz mais grossa, mas ainda mantendo a linha onde foi realizada a incisão) e as *cicatrizes alargadas* (geradas pela falta de tecido cicatricial, como o colágeno e a elastina). Como a forma dessa cicatriz está relacionada com a produção ou não de tecido (colágeno e elastina) pelo próprio organismo, só seria possível conhecer sua incidência se se conhecesse todas as reações químicas que interferem em seu aparecimento. Como em cada parte do corpo existe uma facilidade ou dificuldade de tais reações, as cicatrizes po-

dem se comportar de forma diferente de acordo com sua localização, impedindo de se prever a forma com que uma nova cicatriz vai ter comparado com uma cicatriz preexistente. Ou seja, uma paciente ter uma cicatriz de cesárea esteticamente agradável não é fator de sucesso para desenvolver a mesma qualidade de cicatriz em uma cirurgia de mamas, por exemplo.

### ***3.1.4 Cuidados do paciente no processo de cicatrização***

Além dos fatores citados no *item 3.1.2* deste trabalho, que mostra muitas possibilidades de alterar o equilíbrio do processo cicatricial, outros fatores podem interferir diretamente nesse resultado. Um fator primordial para o sucesso de uma boa cicatrização é o cuidado do paciente após o trauma. Algumas posturas dos pacientes são frequentemente observadas no período logo após a cirurgia, como a falta de preocupação com higiene na troca dos curativos, a presença de animais de estimação no mesmo ambiente de repouso, movimentos inapropriados (atividades físicas prematuras), uso de malhas e imobilizadores inadequados, não cumprimento das orientações com uso de medicamentos (antibióticos), entre outros. Essas posturas podem apresentar problemas na cicatrização, atrasando a recuperação e comprometendo seu resultado.

Assim, as diferentes posturas apresentadas pelos pacientes após o trauma cirúrgico alteram significativamente a previsão do resultado.

### ***3.1.5 Considerações sobre como as características do organismo podem influenciar no resultado de uma cirurgia plástica***

O corpo humano apresenta características individuais, que podem mudar em um curto espaço de tempo. Como exemplo, pode ser citada a quantidade de gordura da pele que pode esconder a forma, se estiver em excesso. Uma paciente que ganha peso após a cirurgia vai perder a forma do corpo pelo aumento da camada de gordura, e pode ficar insatisfeita com isso. Já aquela que perde gordura pode apresentar uma sobra de pele pela diminuição do volume corporal.

Outro fator muito importante para um resultado na cirurgia plástica é o grau de elasticidade da pele. A sustentação do que está abaixo da pele depende dessa elasticidade. Um exemplo muito frequente é a insatisfação das mulheres após a cirurgia das mamas. Uma prática muito comum é a comparação dessa cirurgia com outras pacientes operadas. O tecido mamário tem diferença na elasticidade entre as mamas da mesma paciente, apresentando uma queda mais acentuada em uma delas, evoluindo de uma forma assimétrica com o passar do tempo, em todas as pacientes. Se elas evoluem de uma forma diferente na mesma paciente, pode-se imaginar o que acontece quando comparadas a outro organismo, com características bem diferentes. O curioso que se observa no consultório é que a comparação apenas acontece com pacientes com resultados mais agradáveis, e nunca o contrário.

O estado nutricional do organismo altera o metabolismo orgânico e dificulta a maioria das reações químicas necessárias para uma boa recuperação, como a produção de tecido cicatricial e a

capacidade de restauração a um trauma cirúrgico. A constituição do sistema músculo esquelético impõe limitações importantes na forma após a cirurgia. Algumas doenças crônicas, como diabetes, hipertensão arterial, doenças do colágeno, entre outras tantas, dificultam a cicatrização e podem diminuir a vascularização da pele, aumentando a possibilidade de cicatrizes indesejáveis ou até mesmo de necrose (morte do tecido).

Além dessas alterações, possíveis intercorrências podem acontecer mesmo com todos os cuidados necessários, como infecção ou deiscência da ferida cirúrgica, hemorragias pós-operatórias, anemias e outras alterações na composição do sangue, possibilitando a evolução para trombose venosa profunda e trombo embolismo pulmonar, que é grave e pode levar à morte. A intensidade da dor e do desconforto pós-operatório pode limitar os movimentos e as atividades laborais durante um determinado tempo. A utilização de alguns medicamentos de uso frequente ou atuais podem prejudicar as reações químicas necessárias para a recuperação. Vícios como o tabagismo e o etilismo influem diretamente no processo cicatricial e orgânico em geral. Os cuidados do paciente e de seus acompanhantes com o trauma cirúrgico, incluindo a higiene e as recomendações médicas, são fundamentais para uma boa recuperação. Muitas variáveis podem influenciar na culpa do paciente para se chegar a um resultado desfavorável de uma cirurgia.

### 3.2 Responsabilidade do médico

Segundo o dicionário Michaelis, a palavra responsabilidade que vem do latim “responsum”, que significa, em sentido jurídico, “a obrigação moral, jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções” (DICIONÁRIO MICHAELIS, s.d.).

Segundo o código de ética médica<sup>4</sup>, a Resolução 1931, de 17 de setembro de 2009, em seu capítulo III, do art. 1, diz:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Esse primeiro artigo está intimamente relacionado com um dos princípios antigos da medicina, atribuída a Hipócrates (460 a.C. – 377 a.C.) “*Primum non nocere*”, ou seja, “primeiro, não prejudicar”. Considerado o pai da medicina antiga, Hipócrates escreveu que “o médico deve ter dois objetivos, fazer o bem e evitar fazer o mal” (SMITH, 2005). O registro dessa frase foi atribuído a Thomas Sydenham (1624 – 1689) e se popularizou entre os médicos depois de 1850.

Ao comparar os direitos e os deveres médicos, o advogado e médico Edmilson de Almeida Barros Junior (2019), publica um comentário mostrando que os médicos apresentam muito mais obrigações do que direitos.

<sup>4</sup> Ética médica – código. I. Título. II - Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Talvez pela sua tradição de “Código Penal Médico” da medicina, em que se impões ao médico muito mais obrigações que direitos, o código de ética manteve a essência dos seus predecessores, estabelecendo apenas onze incisos sobre os direitos médicos. O fato ainda é mais grave porque deste ínfimo número, a sua grande maioria, tem por finalidade o benefício do paciente ou da medicina, ficando apenas alguns diretamente ligado ao benefício do próprio médico.

Ainda, segundo o mesmo autor, as obrigações médicas podem ser definidas como:

Relações jurídicas de cunho pecuniário (exprimível em dinheiro, unindo médico e paciente/familiares), devendo uma das partes (o devedor), realizar uma prestação a outra (o credor). Esta prestação seria o pagamento dos honorários (diretos e indiretos), já por parte do escapulario, a prestação corresponderia a realização diligente de serviços profissionais em prol do assistido.

Essa responsabilidade não é uma obrigação, mas, como pode ser juridicamente cobrada, pode substituí-la tanto em âmbito judicial, na esfera civil e criminal, como no âmbito extrajudicial, na esfera ética e administrativa. Quando não houver cumprimento de suas responsabilidades, existe uma penalidade que varia conforme a natureza da norma que foi violada, podendo ser classificada como civil, criminal ou ética.

Desta forma, o médico tem a responsabilidade ou a obrigação de recorrer a todos os *meios* ou caminhos possíveis para a solução de um problema de saúde enfrentado por seu paciente, ou qualquer pessoa que esteja em seus cuidados. Existem algumas divergências sobre as responsabilidades civis dos médicos e suas obrigações, que são discutidas a seguir.

### **3.2.1 Tipos de responsabilidades**

A responsabilidade pode ser classificada em subjetiva ou objetiva. A *responsabilidade subjetiva* acompanha a obrigação de meio, respondendo apenas pelos danos eventualmente decorrentes de sua atividade, caso existam provas da culpa estrita, ou *stricto sensu*, ou seja, subjetivamente.

*É subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia da culpa.* A prova da culpa passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. O ônus dessa prova incumbe à vítima. Em não havendo culpa (dolo ou culpa em sentido estrito), não há responsabilidade. (GONÇALVES, 2013).

Esse tema é abordado no Código de Defesa do consumidor<sup>5</sup> no artigo 14, §4:

**Art. 14 CDC.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e riscos.

<sup>5</sup> Artigo 14 da lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

E no artigo 951 do Código Civil<sup>6</sup>:

**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.

Desta forma, a responsabilidade médica é considerada subjetiva, e fundamentada na “Teoria da Culpa”<sup>7</sup>: “Nesta espécie de responsabilidade exige-se a prova da conduta negligente, imprudente ou imperita do agente causador do dano (a culpa “strictu sensu”) para o surgimento da responsabilização e o dever de indenizar”.

Na inversão do ônus da prova, cabe ao médico provar que os possíveis danos causados ao paciente vieram de fatores externos e alheios a sua atividade. Portanto, a cirurgia plástica também é de responsabilidade subjetiva, sendo permitido ao cirurgião plástico provar que houve uma intercorrência ou um fato imponderável que impediu que o resultado pactuado fosse atingido. Caso ele consiga comprovar esses fatos, ele não deve indenizar a paciente.

A cirurgia plástica é uma ciência médica, e sua divisão entre cirurgia plástica estética e reconstrutora é meramente didática. Toda cirurgia estética tem seu caráter reparador, seja ele funcional ou psicológico, e toda cirurgia plástica reparadora tem seu caráter estético, uma vez que o paciente que se submete à cirurgia reparadora espera que o resultado seja o mais perfeito possível. Assim, a cirurgia plástica, por ser uma ciência inexata, imprevisível e com uma imensa variedade de possíveis resultados dentro de um mesmo tratamento, evidencia que a responsabilidade do médico é indissociável da culpa<sup>8</sup>. Isso quer dizer que, para um médico ser considerado culpado por um resultado, deve ser provado que ele agiu com dolo (vontade de causar o resultado) ou com culpa (imprudência, imperícia e negligência).

Na responsabilidade objetiva é necessária a comprovação de conduta inadequada (ação ou omissão), de dano e nexo de causalidade, discutida no artigo 927 do Código Civil de 2002. Nesse caso, não é necessária a demonstração de culpa do agente. Aqui cabe a Teoria do Risco: “o fornecedor do serviço será responsabilizado independentemente de culpa, bastando ser comprovado o nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e o resultado danoso. O importante é o resultado (dano).”

Como não pode ser imputada a responsabilidade objetiva nos profissionais de saúde, a Teoria do Risco não pode ser aplicada nas peças jurídicas que envolvem cirurgias plásticas, incluindo as cirurgias estéticas.

6 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

7 Art. 927 da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

8 Código de Ética Médica: comentado e interpretado/ Edmilson de Almeida Barros Junior. Timburi, SP. Editora Cia do eBook, 2019.

### 3.2.2 Tipos de obrigações

De acordo com o contrato firmado entre as partes e o ramo de atividade do serviço prestado, as obrigações podem ser consideradas de meio ou de resultado. Quando a obrigação é de meio, o contratado deve provar que todos os meios para se atingir o resultado foram usados. Nas obrigações de resultado, independentemente dos meios usados, presume-se a culpa do contratado, e este deve demonstrar a existência de uma causa diversa para justificar a ausência do resultado prometido.

Na cirurgia plástica, a maioria dos juristas ainda entende que as relações entre médico e paciente são contratuais e de meio, com exceção feita às cirurgias plásticas de caráter exclusivamente estéticas, ou embelezadoras, que são consideradas de resultado<sup>9</sup>. Ora, como foi mencionado pelo próprio Conselho Federal de Medicina, a resolução CFM n.º 2.293/2021, artigo 1º, diz que: “A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e, como tal, deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente”, portanto, nunca deve ser considerada de caráter exclusivamente estético, e apenas por este artigo, não deve ser considerada puramente obrigação de resultado.

O entendimento da Ministra Nancy Andrichi<sup>10</sup>, da terceira turma, julgado em 27 de setembro de 2011 (DJe de 3/10/2011) sobre o possível caráter misto, estética e reparadora, das cirurgias plásticas:

Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.

A pós-graduanda Aline da Cunha El Jundi (2021), da segunda turma de Direito Médico e Odontológico da UCA (Universidade Corporativa ANADEM), foi muito feliz em sua colocação na sua tese de conclusão de curso, citando novamente Borges e o Conselho Federal de Medicina, referindo-se à cirurgia plástica estética:

Para o Conselho Federal de Medicina, atualmente, a intervenção em cirurgia plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja de ordem física, psicológica ou social. Portanto, contrasta com a corrente que considera a cirurgia plástica estética como espécie de obrigação de resultado por entender que, se o paciente é “saudável”, não iria se submeter a uma cirurgia embelezadora sem que lhe fossem prometidas garantias de um resultado satisfatório e condizente com sua expectativa. (BORGES, 2014, p.174).

Na última parte desse texto, Borges cita “*promessas de resultado*”, “*resultado satisfatório*” e “*expectativa*”. Para que se prometa um resultado, essa promessa deve estar explicitada no contrato de prestação de serviço ou qualquer outro meio publicado e comprovado sobre essa promessa. Quando se procura um resultado satisfatório, busca-se um resultado possível e a melhora estética da área ope-

9 Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: REsp 819008 PR 2006/0029864-0.

10 Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial: REsp 1097955 MG 2008/0239869-4.

rada, que é totalmente aceitável. A capacidade humana de gerar uma expectativa de resultado pode ir muito além das possibilidades reais de mudanças na forma do corpo de qualquer paciente, que normalmente não conhece os limites que a cirurgia plástica pode apresentar, cabendo ao médico limitar as expectativas do paciente durante a consulta pré-operatória e ao paciente de entender esses limites.

Sergio Gurgel escreveu um artigo em 2018 que foi intitulado “Cirurgia plástica estética: obrigação de meio ou resultado?”, no qual escreve “quem promete resultado não é bom homem, nem bom médico”, e ainda compara o médico com os juízes e advogados:

O médico não pode exigir perfeição do juiz, o cliente não pode exigir perfeição do advogado, o juiz e o advogado não podem exigir perfeição do médico e, até onde saibamos, mesmo a ‘infalibilidade papal’ está adstrita à hermenêutica da palavra divina, nos campos da Moral e da Fé. Perfeição não é cousa imanente no Homem.

### ***3.2.3 Aplicabilidade do código de defesa do consumidor***

Alguns autores procuram demonstrar a inaplicabilidade do código de defesa do consumidor na relação médico/paciente. Dois autores que destacam nesse assunto, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2001), escrevem em sua obra:

A relação médico/paciente não pode ser considerada mera relação de consumo. É preciso que se faça uma reflexão de transcendental importância de que o serviço de saúde é sui generis, posto que possui uma função social ímpar, incomparável com qualquer outra. A vida e a saúde não são bens de consumo, não podendo ser comparadas a um produto qualquer. Também não podem ser vistas como serviços prestados oriundos da relação médico/ paciente, até porque desta relação não são oferecidos bens de consumo.

O próprio Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.931/09 (Código de Ética Médica), em seu inciso XX, também acredita que a medicina não deve ser exercida como comércio, em seu texto: “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”.

Eduardo Dantas (2021) discorda dessa afirmação, referindo que “não há, efetivamente, como conciliar uma abordagem jurídica e uma abordagem filosófica quanto a esse tema. E aqui, o interesse analítico é e deve ser exclusivamente jurídico”:

Nos parece claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, seja ele considerado um consumidor dos serviços oferecidos por este profissional. Em contrapartida, este último, ao oferecer seus conhecimentos de forma remunerada a uma variada gama de consumidores, está se enquadrando na definição de fornecedor contida no Código de Defesa do Consumidor.

A discussão deste artigo não é dissociar os serviços médicos do código de defesa do consumidor, sendo que o próprio autor concorda com a necessidade de se tratar o cirurgião e o paciente como

fornecedor e consumidor dos serviços médicos, mediante contrato próprio, levando em consideração os princípios da autonomia privada. O propósito é justamente este, fazer com que a cirurgia plástica (especialidade médica indivisível como já discutida neste artigo) se adapte a essas normas e passe a ser julgada de acordo como o § 4º do artigo 14 do CDC que diz: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apura mediante a verificação de culpa”. Esse autor não concorda é com a possibilidade de o médico ser condenado independentemente da culpa, que acaba contradizendo o Conselho Federal de Medicina, o Código de Ética Médica, o Código Civil e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Citando novamente Eduardo Dantas, em seu artigo na revista Fórum de Direito Civil, ele refere mais uma vez que a culpa do médico deve ser comprovada para que exista a necessidade de indenização ao paciente:

Resta, pois, assente que a atividade médica, e sua responsabilidade civil, têm fundamento na ideia de culpa. Em outras palavras, o fato de um tratamento ou intervenção médica deixar de produzir um resultado normalmente não esperado, não confere, por si só, o direito de ser indenizado por isso. (DANTAS, 2013)

Desta forma, a cirurgia plástica é uma especialidade médica, com responsabilidade subjetiva, e a culpa (imperícia, negligência e imprudência) deve ser demonstrada para se condenar o médico. Por outro lado, caso o paciente não atinja os resultados prometidos, tendo sido atraído a seus serviços através de publicidades que ferem a ética profissional, os cirurgiões plásticos podem violar o artigo 37 (propaganda enganosa e abusiva) do CDC<sup>11</sup>, sendo julgados automaticamente de uma forma quase indefensável. Essa situação evidencia a importância de se fazer uma publicidade dentro das normas éticas, troca a responsabilidade para objetiva.

A publicidade médica deve ser rigorosamente seguida pelos princípios da ética médica. O artigo 9º do Código de Ética Médica<sup>12</sup> diz que a “A Medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio”.

A Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (CODAME) descreve as condutas éticas dentro de uma publicidade adequada aos médicos. Caso essas regras não sejam cumpridas, a responsabilidade passa a ser objetiva, e a Teoria do Risco pode ser usada contra ele, obrigando a indenizar o paciente mesmo na ausência da culpa. Um bom exemplo disso é a publicação de fotos de antes e depois em redes sociais, levando o paciente a entender que aquele resultado publicado é o mesmo que qualquer paciente deve atingir se fizer tal cirurgia com o tal médico. Essas publicações podem ser interpretadas como uma promessa de resultado, que podem levá-lo à condenação por propaganda enganosa (§ 1º artigo 37 do CDC), caso o paciente não fique satisfeito com o resultado.

Outra forma clássica de publicidade que oferece margens para serem julgados de acordo com o CDC, mudando a responsabilidade de subjetiva para objetiva, está relacionada a entrevistas de pacientes e dos próprios médicos, mostrando apenas os benefícios dos procedimentos, escondendo suas

11 Art. 37 da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

12 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

possíveis intercorrências ou efeitos adversos, ferindo o § 3º do artigo 37 do CDC, “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”, gerando uma ideia de que tal procedimento só apresenta vantagens e é imune a qualquer problema.

#### 4 RELAÇÃO MÉDICO *VERSUS* PACIENTE

A relação entre médico e paciente é sustentada pelos princípios da Autonomia Privada e Boa Fé. A autonomia privada é uma capacidade civil que diz respeito ao direito/poder de celebrar contratos<sup>13</sup>. As bases do código civil de 2002 sofrem interferências do estado e as limitações para a autonomia privada, que apresenta o texto:

É o princípio da socialidade, ou princípio da função social dos contratos, em que, na busca dos interesses particulares, as partes não podem prejudicar os interesses da coletividade (interesses metaindividual ou individuais relativos à dignidade da pessoa humana). (LEI Nº 10.406, CC).

O Art. 421 do código civil diz: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Também denominada autonomia da vontade, ela pode conferir aos particulares a regulamentação de seus interesses em uma esfera jurídica. Os contratos de prestação de serviço médico devem seguir rigorosamente esses princípios e serem analisados nas peças judiciais, principalmente na possibilidade da presença ou não de garantias de resultado, o que pode mudar o conceito de responsabilidade e obrigações.

O artigo 422 do código civil diz: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Nos contratos de prestação de serviços médicos, devem ser identificadas as obrigações do próprio paciente, geradas pelo contrato firmado entre as partes, evidenciando obrigações recíprocas:

*Não apenas o médico pode agir com culpa no decorrer de um tratamento ou intervenção, mas também o paciente pode deixar de adimplir com suas obrigações, atraindo para si a responsabilidade pelo insucesso e as considerações de sua conduta, eximindo o profissional de responder por qualquer infração contratual. (DANTAS, 2013).*

O princípio da boa-fé<sup>14</sup> faz parte do direito do consumidor, obrigando as partes a agir com bases nos valores éticos e morais da sociedade, levando em consideração a lealdade, a transparência e a colaboração em todas as fases do contrato.

13 Art. 421 da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

14 Art. 422 da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a cirurgia, alguns fatores fogem da vontade do médico e muitas vezes dos pacientes, podendo mudar o resultado esperado. Existe uma incidência dessas intercorrências mesmo se a cirurgia for realizada na mais completa exatidão, ou seja, dentro dos princípios técnicos, em um ambiente adequado e por profissional apto a desenvolver tal operação.

Conhecendo o fascinante universo que envolvem e misturam a Medicina e o Direito, fica mais confortável entender o que acontece em um organismo após um trauma cirúrgico e como isso pode ser interpretado nos códigos que existem no país, entre eles: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM n.º 2.293/2021, no artigo 1º, diz *que* “a cirurgia plástica é uma especialidade médica indivisível”. O artigo 951 do Código Civil, o § 4º do artigo 14 do CDC, e o artigo 1º do capítulo III do Código de Ética Médica mostram, de uma forma muito clara, que, para se indenizar o paciente, é necessária a comprovação da culpa. Em nenhum desses artigos existe a exclusão de uma ou outra parte de qualquer especialidade da medicina.

Mesmo deixando bem clara a visão do autor sobre os fatos, em toda regra existe exceção. Quando a atividade publicitária for irregular, infringindo a ética em qualquer especialidade, mostrando fotos de antes e depois, entrevistas sensacionalistas, com único objetivo de angariar clientes, o médico cirurgião pode infringir o artigo 37 do CDC (propaganda enganosa), mudando radicalmente a interpretação jurídica, e pode ser julgado através da Teoria do Risco, uma vez que sua responsabilidade passa a ser objetiva, com objetivo de resultado, podendo ser obrigado a indenizar seu paciente mesmo sem comprovação da culpa.

Em todos os outros casos em que exista um comportamento ético do médico, a atividade da cirurgia plástica é de responsabilidade subjetiva e com objetivo de meio, de acordo com a Teoria da Culpa. Se não houver imperícia, imprudência ou negligência, o médico não deve indenizar o paciente, devendo ser assim interpretada nos âmbitos do judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ALLEN, James P. **The Art of Medicine in Ancient Egypt**. New York: The Metropolitan Museum of Art, 2005.
- ALMEIDA BARROS JUNIOR, Edmilson de. **Código de Ética Médica: comentado e interpretado**. Timburi, SP. Editora Cia. do eBook, 2019.
- BOJANIC C. et al. **Terapia com células-tronco mesenquimais em cicatrizes hipertróficas e queloides**. Res. Tecido Celular. vol. 383, n. 3, 2021 março p. 915-930. doi: 10.1007/s00441-020-03361-z. Epub 2021 2 de janeiro. PMID: 33386995; PMCID: PMC7960584.
- BORGES, Gustavo. **Erro Médico nas Cirurgias Plásticas**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.
- BROUGHTON G, 2nd; JANIS JE; ATTINGER CE. **The basic science of wound healing**. Plast Reconstr Surg. vol. 117, n.7. Suppl. 2006. p.12S-34S.
- CARREL A. **The treatment of wounds**. Jama. 1910552148.vol. 4, n.6, 2013.p. 624-630.
- CLARK RAF. **Wound repair**. In: Kumar, Robbins, Cotran: Pathologic Basis of Disease, 7th ed., Ed. Saunders, 2005, p.112.
- CODAME. Manual de publicidade médica. **Resolução CFM nº 1.974/11**.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. **Resolução nº 1.246/88**. Brasília: Tabloide, 1990.
- COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar**. Editora Del Rey SP. 2001.
- DANTAS, E. Análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. **Revista Fórum de Direito Civil**, ano 2, n.2, jan/abr 2013.
- DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 5. ed.. Capítulo II. Editora Juspodivm, 2021, p. 67-76.
- DICIONÁRIO MICHAELIS. s.d. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br> > busca > português-brasileiro.
- DWIVEDI, G.; DWIVEDI, S. **History of Medicine: Sushruta – the Clinician – Teacher par Excellence**. National Informatics Centre, 2007.
- EL JUNDI, A C. **Perfil do paciente que litiga contra o cirurgião plástico**. E-Book Acadêmico do curso de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico, 2ª Turma da Universidade Corporativa ANADEM –UCA, 2021.
- ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA. **Ebers papyrus**. Ultimate Reference Suite. Chicago: Encyclopædia Britannica, 2008.
- GEMPERLI R; MENDES R.R.S. Complicações em abdominoplastia. **Rev.. Bras. Cir. Plást.** vol.34, 2019, p. 53-56.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações** - parte especial, tomo II: Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GURGEL, S. Cirurgia plástica estética: obrigação de meio ou resultado? **Direito Penal Médico. Canal Ciências Criminais**. Abril de 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/cirurgia-plastica-estetica/>

GUSHIKEN LFS et al. **Cutaneous Wound Healing**: An Update from Physiopathology to Current Therapies. *Life (Basel)*.;vol.11, n. 7. 2021 Jul 7. p. 665. doi: 10.3390/life11070665. PMID: 34357037; PMCID: PMC8307436.

HANOVER. New Hampshire, 9 de dezembro de 2020 /PRNewswire/ A Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (International Society of Aesthetic Plastic Surgery), ISAPS.

HAWASH AA.; INGRASCI G.; NOURI K.; YOSIPOVITCH G. Prurido em Cicatrizes Quelóides: Mecanismos e Tratamentos. **Acta Derm Venereol.**, vol.101, n.10. adv00582. 28 de outubro de 2021. doi: 10.2340/00015555-3923. PMID: 34518894.

LONG C. W. An account of the first use of Sulphuric Ether by Inhalation as an Anaesthetic in Surgical Operations. **Southern Medical and Surgical Journal**. 5, 1849, p.705–713.

MAXIMILIANO J. et al. Mamoplastia de aumento: correlação entre o planejamento cirúrgico e as taxas de complicações pós- operatórias. **Revis. Bras. Cir. Plást.**;vol. 32, n.3, 2017, p.332-338.

OGAWA R; DOHI T; TOSA M.; AOKI M.; AKAISHI S. **A mais recente estratégia para prevenção e tratamento de queloides e cicatrizes hipertróficas**: Protocolo da Nippon Medical School (NMS). *J Nippon Med Sch*. vol.88, n.1. 11 de março de 2021p.2-9. doi: 10.1272/jnms.JNMS.2021\_88-106. Epub 2020 1º de agosto. PMID:32741903.

SALDANHA Orlando Ribeiro.; SALLES Alessandra Grassi; LLAVEIRAS Francis. Fatores preditivos de complicações em procedimentos da cirurgia plástica – sugestão de score de segurança. **Rev. Bras. Cir. Plást.** vol. 29, n. 1, 2014, p.105-113.

SMITH, C.M. Origen and Use of Primum Non Nocere – Above All, Do Not Harm. **The Journal of Clinical Pharmacology** vo. 45, n. 4. 2005. p. 371-377.

WITTE MB & BARBUL A. **General principles of wound healing**. *Surg Clin North Am*. 1997; 77(3):509-28.

WOLFENSON, M. **Um Século de Cirurgia Plástica no Brasil**. Porto Alegre: Imagens da Terra Editora, 2005.



## **A autonomia do paciente e o Consentimento Informado no processo de tomada de decisões compartilhadas entre médicos e pacientes<sup>1</sup>**

**Tatiane Michelin<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente trabalho propôs analisar os conceitos de autonomia e capacidade, buscando entender como a comunicação intersubjetiva entre médico e paciente pode auxiliar na obtenção segura do consentimento informado. Entende-se que a posição do paciente hoje em dia não corresponde mais ao estado paternalista nem assistencialista de antes e recebe o assentimento da Bioética, que tem como um dos princípios basilares a autonomia da vontade do paciente. Buscou-se utilizar como metodologia a revisão literária, via pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. No tocante à delimitação do objeto, não se pretende aprofundar os limites da relação médico-paciente e o dever de informação do médico no processo de tomada de decisões compartilhadas, o que requer uma série de outros estudos e aprofundamentos teóricos. O que se pretende, de maneira geral, é discutir aspectos relativos aos limites no âmbito individual da esfera de autonomia do paciente no tocante ao consentimento ou à recusa de um determinado procedimento em conjunto ou em desacordo com o seu médico. Assim, no âmbito da assistência médica, o consentimento informado é entendido como um processo de comunicação recíproca entre médico e paciente.

Palavras-chave: Relação Médico-Paciente. Consentimento informado. Autonomia do Paciente. Código de Ética Médica. Responsabilidade Médica.

---

<sup>1</sup> Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentado para obtenção do Título de Especialista em Direito Médico e Odontológico da Universidade Corporativa Anadem – UCA.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESC.

## ABSTRACT

The present work of communication between communication, the concepts of autonomy and ability to communicate and the patient can help the security of informed consent. It is understood that the current patient's position no longer corresponds to the paternalistic or welfare state of before, and receives the assent of Bioethics, which has as one of the basic principles the autonomy of the patient's will. We sought to use a methodology for literary review, via bibliographic research and documental research. Regarding the delimitation of the object, it does not intend to deepen the limits of the doctor-patient relationship and the doctor's duty of information in the process of shared decision-making, which requires a series of other studies and theoretical deepening. What is intended, in general, is contested in relation to the limits at the individual level of the patient's autonomy sphere, not to the consent or refusal of a determined procedure together or in disagreement with their doctor. Thus, in the context of medical care communication, informed consent is understood as a reciprocal process between doctor and patient.

Keywords: Doctor-Patient Relationship; Informed consent; Patient Autonomy; Medical Ethics Code; Medical Responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

A Medicina Científica Ocidental, desde seus primórdios, na Grécia antiga, até idos do século XX, era exercida sob a ética das virtudes preconizadas pela escola hipocrática, que se pauta na velha tradição do paternalismo clínico, em que o paciente obedece ao médico, o que implica a sua não participação no processo decisório, com a convicção de que o médico, segundo o seu critério técnico, visa ao seu bem. Importante destacar que nas últimas décadas passamos por profundas transformações em todas as atividades, e com a Medicina não seria diferente. O médico antes absoluto das decisões a serem tomadas, compartilha hoje suas responsabilidades com outros profissionais e exige do paciente o exercício de sua autonomia, no exercício do direito ao conhecimento de sua própria saúde e na participação das decisões.

O Princípio da autonomia do paciente, por sua vez, trouxe uma grande evolução na relação médico-paciente, o que culminou na fragilização do paternalismo dessa relação em que o médico, por muito tempo, dirigia o paciente e decidia sobre o tratamento.

Assim, dois aspectos históricos tornaram-se intensamente relevantes ao longo do século XX, vindo a culminar com o fim da relação médico-paciente paternalista, considerando o avanço cultural no campo dos direitos humanos e o intenso desenvolvimento tecnológico da medicina clínica.

O presente trabalho apresenta inicialmente o conceito de Bioética como área de pesquisa e os princípios norteadores da relação médico-paciente, em especial quanto ao princípio da autonomia da vontade e sua importância no fortalecimento da relação entre o médico e seu paciente. Também aborda as orientações do Código de Ética Médica que regem a relação médico-paciente, bem como as características e formas de como a informação deve ser apresentada ao paciente antes de qualquer procedimento.

O reconhecimento da autonomia da pessoa e a insistência em que ela seja respeitada constituem um aperfeiçoamento da prática médica no país, no interesse pelo diálogo e respeito exercitados em nível de profissão e pela melhora do relacionamento médico-paciente levando em conta também os princípios da Beneficência/não maleficência e o princípio da justiça. Na sequência, são apresentados o conceito e os requisitos de validade do consentimento informado, a fim de garantir que a decisão do paciente possa de fato ser aceita, válida e informada, uma vez que é o instrumento legal que se propõe a proteger a autonomia do indivíduo diante de um possível arbítrio médico.

O consentimento informado destaca que a posse de informações completas sobre todos os aspectos relevantes de um tratamento proposto é essencial para a capacidade de um paciente fazer uma escolha informada, ou seja, esclarecida. O consentimento informado, segundo Clotet (2009), é uma condição indispensável da relação médico-paciente, pois “trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação”<sup>3</sup>, ciente de sua natureza, consequências e riscos.

---

3 Disponível em: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CXmxYcwDurEJ:https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/download/430/498+&cd=13&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CXmxYcwDurEJ:https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/430/498+&cd=13&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br).

## 2 A BIOÉTICA E A DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E SUA IMPORTÂNCIA NO FORTALECIMENTO DA RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E SEU PACIENTE

Em se tratado de Direito Médico, um ponto delicado das discussões gira em torno da relação médico-paciente e dos direitos e obrigações que têm origem nessa interação. Nesse âmbito, um dos princípios de maior relevância para a discussão se refere à autonomia, pois, para alguns autores, esse é o único princípio que deve balizar essa relação, visto que outros são derivações desse (BELTRÃO, 2016, p. 102-104).

É importante estabelecer quais são os critérios, os fundamentos que devem orientar os processos de decisão com os quais é possível se deparar na vida profissional. Para tanto, o fundamento ético será sempre a base para a tomada de decisão, em que o respeito à vida humana, o respeito pela pessoa humana constituem o alicerce dessa relação.

A Bioética (“ética da vida”) como área de pesquisa é a ciência que tem como objetivos indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis e denunciar os riscos das possíveis aplicações (LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001).

Entender alguns conceitos das ciências humanas é fundamental para o enfrentamento de questões éticas que surgem em razão do progresso da ciência nas áreas da saúde, com influência histórica exercida desde a época de Hipócrates<sup>4</sup>, quando a sociedade era formada por diversas castas, camadas sociais bem definidas e separadas entre si (JUNQUEIRA, 2012, p.2- 3).

Era no topo da pirâmide que os médicos se encontravam e constituam um número bastante reduzido de pessoas. Segundo Junqueira (2012), os médicos daquela época estavam em uma posição hierárquica superior à das outras pessoas, e ainda que tivessem a intenção de curar os doentes, eram pessoas superiores, melhores que as outras, configurando uma postura “paternalista”, ou seja, em que os profissionais da saúde são considerados “pais”, ou melhores, superiores a seus pacientes, ainda hoje percebido com frequência.

Para Junqueira (2012) um ponto extremamente preocupante nessa relação médico-paciente, é quanto a autonomia dos pacientes:

Os profissionais que se baseiam nessa postura paternalista são aqueles que não respeitam a autonomia de seus pacientes, não permitem que o paciente manifeste suas vontades. Por outro lado, também alguns pacientes não percebem que podem questionar o profissional e aceitam tudo o que ele propõe, pois consideram que “o doutor é quem sabe”.

---

<sup>4</sup> Hipócrates (séc. IV a.C.), de Cós, Grécia, é considerado o “Pai da Medicina”. Sua importância é tão reconhecida que os profissionais da saúde, no dia da formatura, fazem o “Juramento de Hipócrates”. Segundo esse juramento, os profissionais devem se comprometer a sempre fazer o bem ao paciente.

A compreensão do respeito pela pessoa humana, fundamento da bioética, perpassa pela utilização de princípios como “ferramentas” para facilitar o enfrentamento de questões éticas. Dessa forma, temos os princípios da beneficência/não maleficência, de justiça e o princípio da autonomia, que, segundo Junqueira (2012), foram propostos primeiro no Relatório Belmont, de 1978, com vistas a orientar as pesquisas com seres humanos. Posteriormente, Beauchamps e Childress (2002), em sua obra *Principles of biomedical ethics*, estenderam a utilização deles para a prática médica, ou seja, para todos aqueles que se ocupam da saúde das pessoas.

Em síntese, o princípio da beneficência/não maleficência, significa “fazer o bem”, e não maleficência significa “evitar o mal”:

(...) sempre que o profissional propuser um tratamento a um paciente, ele deverá reconhecer a dignidade do paciente e considerá-lo em sua totalidade (todas as dimensões do ser humano devem ser consideradas: física, psicológica, social, espiritual), visando oferecer o melhor tratamento ao seu paciente, tanto no que diz respeito à técnica quanto no que se refere ao reconhecimento das necessidades físicas, psicológicas ou sociais do paciente. Um profissional deve, acima de tudo, desejar o melhor para o seu paciente, para restabelecer sua saúde, para prevenir um agravo, ou para promover sua saúde. (JUNQUEIRA, 2012, p.7).

Já o princípio de justiça se refere à igualdade de tratamento, justa distribuição dos recursos do Estado para a saúde, a pesquisa, dentre outros. Significa dizer, no presente contexto deste trabalho, dar a cada pessoa o que lhe é devido segundo suas necessidades, ou seja, incorpora-se a ideia de que as pessoas são diferentes e que, portanto, diferentes são as suas necessidades. Ainda citando Junqueira (2012, p 8), é a partir desse princípio que se fundamenta a chamada objeção de consciência, que representa o direito de um profissional de se recusar a realizar um procedimento, aceito pelo paciente ou mesmo legalizado.

O princípio da autonomia pode ser definido como sendo a capacidade que a pessoa tem de se autorregular; sendo assim, a decisão fruto dessa autodeterminação deve ser respeitada, mesmo que seja contrária ao entendimento do profissional da saúde. As pessoas têm a liberdade de decidir sobre sua vida, de gerenciar sua própria vontade, livre da influência de outras pessoas. (JUNQUEIRA, 2007, p. 22-34).

Para a corrente clássica da bioética, segundo Garrafa (2005, p. 128), o tema da autonomia foi maximizado hierarquicamente com relação aos outros três, tornando-se uma espécie de superprincípio.

Para que a autonomia seja possível, são necessárias duas condições fundamentais, a liberdade e a informação, que consiste, num primeiro momento, que a pessoa deve ser livre para decidir, livre de pressões externas ou subordinação, com vistas a permitir a expressão de sua autonomia. Para tanto, a correta informação é que possibilita o estabelecimento de uma relação terapêutica ou a realização de uma pesquisa, ou de um procedimento (JUNQUEIRA, 2012, p. 8).

Para a autora, reconhecer que os indivíduos são vulneráveis, ou seja, que possuem limitação no exercício de sua autonomia, e incorporá-los ao processo de tomada de decisão de maneira legítima possibilita o estabelecimento de uma relação adequada com o paciente e maximiza sua satisfação com

o tratamento. A esse processo de informação e compreensão e posterior comprometimento com o tratamento denominamos consentimento.

O Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018<sup>5</sup>, também veio garantir ao paciente o direito de decidir de forma livre e autônoma o melhor tratamento. No capítulo V, que trata sobre a relação dos médicos com pacientes e familiares, o art. 31 estabelece vedação ao médico de desrespeitar o direito do paciente (ou de seu representante) de determinar livremente as práticas terapêuticas ou diagnósticas que serão utilizadas (CFM, 2018).

Importante salientar que, embora haja entendimentos quanto à importância do princípio da autonomia, há casos em que o princípio da beneficência tomará assento e não o da autonomia, uma vez que nem sempre o paciente será dotado de condições de avaliar qual o melhor tratamento e/ou procedimento, diante de conhecimentos técnicos necessário para isso. Existe uma inegável e necessária autonomia do médico, o que é preciso para que o profissional exerça seu ofício com base naquilo que compreende como sendo o processo mais adequado para a condução do diagnóstico ou de cura do paciente. Caberá ao profissional se esforçar ao máximo para explicar ao paciente a importância do que está sendo proposto, ter certeza de que o paciente entendeu as informações que recebeu e incorporá-lo ao processo de tomada de decisão de maneira legítima (COSTA; SOUZA, 2021, p. 8-9).

### **3 O CONSENTIMENTO INFORMADO NA PRÁTICA MÉDICA E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

Hodiernamente, levando em conta as vulnerabilidades de cada sujeito e do país em que está sendo praticada a medicina, a bioética de intervenção recomenda que casos concretos sejam avaliados em conformidade com os princípios estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH)<sup>6</sup>.

Na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em seus artigos 5º, 6º e 7º são tratados a autonomia e o consentimento. O 5º trata da autonomia e da responsabilidade individual, estabelecendo que a autonomia do sujeito deve ser respeitada; no caso de pessoas incapazes de exercê-la, seus direitos serão protegidos. Já o artigo 6º, que trata do consentimento, estabelece que em qualquer intervenção médica, de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico, bem como científica, é necessário o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo. O 7º prevê proteção especial aos incapazes de exprimir sua vontade, em conformidade com o direito interno E, ainda, prevê, em seu artigo 8º, o respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal, na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas.

No Brasil, país em que impera profunda desigualdade social, é fundamental considerar a vulnerabilidade material, social e intelectual dos sujeitos com o intuito de transpor a barreira do desconhecimento e viabilizar comunicação efetiva e eficaz entre médico e paciente (PAZINATTO,

5 Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=15535&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=2217&situacao=VIGENTE&data=27-09-2018>. Acesso em: 8 fev. 2022.

6 Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180> por. Acesso em: 18 jan. 2022.

2019, p.5). Para que uma pessoa possa aceitar, consentir um tratamento, é necessário que ela esteja suficientemente esclarecida, que as informações a respeito da sua saúde tenham sido compreendidas e que sejam renovadas no decorrer do tratamento. Nesse sentido, o profissional tem um papel muito importante no esclarecimento das pessoas (JUNQUEIRA, 2012, p.11).

O Código de Ética Médica (CEM) de 2018 e algumas resoluções do CFM e de conselhos regionais já haviam tratado do respeito à autonomia do paciente e do caráter ético do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) aplicado à prática médica assistencial (PAZINATTO, 2019, p.2). Entretanto, foi a Recomendação CFM 1/2016, normatização ordinária a respeito do consentimento livre e esclarecido, que veio expor de maneira detalhada o processo para obter o consentimento do paciente.

Segundo o que dispõe o Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, o Consentimento Informado, ou Consentimento Livre e Esclarecido, é prática ética obrigatória e bem normatizada nos postulados éticos, e está, direta ou indiretamente, previsto em diferentes pontos do Código de Ética Médica de 2009.

Verifica-se logo em seu Capítulo I o respeito ao princípio da autonomia do paciente nas escolhas referentes à assistência médica. Vejamos:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Em seu Capítulo IV, que se refere aos Direitos Humanos, o Código de Ética Médica trata, de maneira específica, o consentimento esclarecido do paciente, uma vez que artigo 22 veda ao médico “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”. Verifica-se que a terminação expressa está amparada no princípio da beneficência e do privilégio terapêutico, ocasião em que o médico pode agir sem a obtenção do consentimento do paciente.

Já no artigo 24 do mesmo Capítulo é reforçada a autonomia de decisão do paciente, ao vedar ao médico “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”. Embora com exceções, essa autonomia, garantida ao paciente no artigo 24 é ampliada ao representante, por meio do disposto no artigo 31, inserto no Capítulo V, que trata da relação com pacientes e familiares, ao vedar ao médico “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”.

Ainda no que tange à relação com pacientes e familiares, o artigo 34 veda ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Trata-se de um cuidado que se deve ter na comunicação de más notícias ao paciente.

E ainda, no artigo 35 é vedado ao médico “exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos”.

Verifica-se que é proibido ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, à exceção de iminente perigo de morte, como também é proibido ao médico não informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo nas situações em que a comunicação direta ao paciente possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu representante legal.

Entende-se então que, quando ocorre o consentimento, o paciente concorda com o tratamento, ou procedimento sugerido pelo médico, ressaltando que, para sua validade, ao mesmo deve ser garantido que recebeu as informações corretas, por exemplo, sobre sua doença, possibilidades de tratamento e de cura. Esse consentimento, geralmente, está materializado no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Segundo Recomendação CFM 1/2016, o Termo de Consentimento Esclarecido refere-se ao documento assinado pelo paciente, ou responsável, consentindo ao médico a realização de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico, após haver recebido informações adequadas, e tem por finalidades garantir a autonomia do paciente e estabelecer os limites da responsabilidade do médico que realiza os procedimentos.

Segundo Brandão (1999), o Consentimento Informado é a autorização do paciente obtida pelo profissional para a realização de procedimento médico de indiscutível necessidade, sendo condição indispensável da relação médico-paciente contemporânea. Corresponde a uma decisão voluntária, verbal ou escrita, exercida por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após processo informativo, para aceitação de um tratamento específico consciente dos seus riscos, benefícios e possíveis consequências.

Ao elaborar a Recomendação CFM 1/2016, o Conselho Federal de Medicina considerou haver escassa informação sobre consentimento, o momento de obtê-lo e a forma de documentá-lo. O texto menciona a Constituição Federal de 1988 e reconhece, na introdução de seu anexo, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado brasileiro:

Sob o prisma ético-jurídico, a dignidade humana é a autonomia do ser humano, vale dizer, consiste na liberdade intrínseca, própria da natureza da pessoa, que é dotada de razão, de poder decidir livremente e por si mesma (livre-arbítrio) sobre assuntos que lhe digam respeito, sobretudo sobre sua intimidade e privacidade. O indivíduo é conformador de si próprio e de sua vida, segundo seu próprio projeto espiritual.

Importante trazer à baila que a Constituição Federal do Brasil, nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, obriga a proteção do consumidor, que está qualificada como direito humano fundamental. Em decorrência, no âmbito da relação consumerista, o Código do Consumidor estabelece os direitos do consumidor, como a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com espe-

cificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III). Esse princípio da Transparência é direito básico do consumidor.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 605-608) esclarece que o dever de informar na relação de consumo deve atender a três requisitos: adequação, suficiência e veracidade. O descumprimento de qualquer um deles implica a violação do direito à informação:

A adequação diz com os meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou serviço determinados e com o consumidor destinatário típico. Os signos empregados (imagens, palavras, sons) devem ser claros e precisos, estimulantes do conhecimento e da compreensão.

(...) A suficiência relaciona-se com a completude e integralidade da informação. Antes do advento do direito do consumidor, era comum a omissão, a precariedade, a lacuna, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço. A ausência de informação sobre prazo de validade de um produto alimentício, por exemplo, gera confiança no consumidor de que possa ainda ser consumido, enquanto a informação suficiente permite-lhe escolher aquele que seja de fabricação mais recente. Situação amplamente divulgada pela imprensa mundial foi a das indústrias de tabaco que sonegaram informação, de seu domínio, acerca dos danos à saúde dos consumidores.

(...) A veracidade é o terceiro dos mais importantes requisitos do dever de informar. Considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências.

Verifica-se que a adequação se refere à informação prestada correspondente ao tipo de produto ou serviço. A suficiência trata do esclarecimento de todas as especificações do serviço, de forma clara e compreensível ao consumidor; e, por fim, a veracidade é um atributo ou qualidade do que é verdadeiro, é o típico dever de lealdade, em que o fornecedor deve informar aquilo que condiz verdadeiramente ao produto ou serviço. Esse último requisito pode-se entender estar relacionado ao princípio típico da relação consumerista, que é o princípio da transparência.

Verifica-se, portanto, que o dever de informar é mais amplo e consiste em um processo gradual e verbal, em que o médico esclarece ao paciente os riscos, os benefícios, as possibilidades de tratamento, os cuidados e as precauções necessárias, bem como as formas de intervenção.

Contudo, não se deve confundir o dever de prestar as informações pertinentes com aquele sustentado pela medicina defensiva, em que o dever de informar se resume a um documento chamado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que é direito do paciente e dever do médico e tem tripla função, conforme dispõe ainda a Recomendação nº/2016:

- a) Cumprir o papel primordial de respeitar os princípios da autonomia, da liberdade de escolha, da dignidade e do respeito ao paciente e da igualdade, na medida em que, previamente a

qualquer procedimento diagnóstico e/ou terapêutica que lhe seja indicado, o paciente será cientificado do que se trata, o porquê da recomendação ou como será realizado. A informação deve ser suficiente, clara, ampla e esclarecedora, de forma que o paciente tenha condições de decidir se consentirá ou não.

- b) Efetivar estreita relação de colaboração e de participação entre médico e paciente.
- c) Definir os parâmetros de atuação do médico.

Em síntese, os critérios para obtenção do consentimento livre e esclarecido são expressos em três fases: a) Elementos iniciais; b) Elementos informativos; c) Compreensão da informação. Segundo orienta a Recomendação nº 1/2016:

Sob o prisma ético, consoante disposto no Código de Ética Médica<sup>5</sup>, para a garantia da validade moral do consentimento dado, no caso de uma intervenção médica preventiva, diagnóstica ou terapêutica, sempre deverá ser considerada a opinião do paciente. A escolha do paciente será considerada na medida de sua capacidade de decisão individual, com base no domínio de diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência.

Assim, o consentimento é mais que um acordo, é um processo, e não um ato isolado, e requer a participação ativa do paciente nas tomadas de decisão, o que é essencial na relação médico-paciente. Conforme Recomendação nº 1/2016, se o consentimento ocorrer por escrito, pode ser sugerido ao paciente:

Leia o respectivo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido com calma discuta com seu cônjuge, parceiro, familiares e amigos, fazendo anotações sobre suas dúvidas, receios ou incertezas, voltando a conversar com seu médico, a fim de ser suficientemente informado e esclarecido.

Há situações em que o paciente negue seu consentimento para a realização de determinado procedimento médico, com agravantes para sua saúde. Se o paciente é capaz, deve haver o registro de sua decisão por escrito, por meio de um termo de recusa. Há ainda a recusa de consentimento por crença religiosa, o que não será abordado neste trabalho.

Quanto à elaboração do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o texto deve ser desprovido de tecnicismo, de detalhes excessivos, permitindo que o paciente ou seu representante legal, antes da realização do procedimento médico, possa mudar de opinião.

Obviamente, não se deve pensar nesse documento nas emergências, nos graves perigos para a saúde pública, quando se considera que a informação seja claramente prejudicial à saúde do paciente e na recusa explícita.

Entretanto, cabe ressaltar que o Termo de Consentimento Esclarecido deve ser praticado sempre segundo as normas emanadas do Código de Ética Médica, sem que se transforme num compromisso de resultados.

Quanto à legalidade do consentimento, entendemos que será considerado válido quando acompanhado de informações sobre a evolução do caso e os riscos normalmente previsíveis, em função da experiência habitual e dos dados estatísticos.

Existe a possibilidade de o médico pensar que, uma vez assinado o Termo, está absolvido de qualquer complicação que possa ocorrer – muito embora possa ser uma peça importante em sua defesa. Entendemos que a existência do documento não o isenta de sofrer processo por possível erro, diante de um mau resultado, assim como o médico não pode excluir sua responsabilidade num ato profissional de que tenha participado ou indicado, ainda que ele tenha sido solicitado ou consentido.

Não resta dúvida de que o exercício da medicina, nos dias de hoje, oferece maior risco de contestações e de processos. É compreensível, nesse contexto, a preocupação do médico em defender-se, contudo, a melhor defesa é o exercício profissional realizado com conhecimento competente e uma atitude respeitosa com aqueles que precisam de tratamento, o que resultará numa boa relação médico-paciente, fundamental na prática médica.

Assim, o consentimento do paciente ou de seus representantes legais representa uma delegação de poderes para aquilo que necessariamente deve ser feito. A licitude de um ato médico não pode ficar apenas na dependência da vontade de uma pessoa. O que legitima o ato médico não é a sua permissão, mas sim a sua indiscutível necessidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em razão da influência histórica, cultural e social a que estão submetidas as pessoas, deve-se estar atento, a fim de não se correr o risco de perder os parâmetros que devem nortear a atividade profissional para que as atitudes sejam éticas. No âmbito das relações da saúde, diversos dilemas éticos poderão surgir na relação com o paciente, de forma que reconhecer as pessoas como seres únicos e constituídos de uma totalidade de aspectos – biológicos, sociais, psíquicos e espirituais –, como pessoas dotadas de uma dignidade que torna cada uma delas é sempre merecedora de atenção.

Quando se fala em consentimento se está diante da necessidade de o paciente ter liberdade para decidir, mas essa liberdade sempre deverá estar associada à sua responsabilidade diante da decisão que for tomada. Cabe ao profissional o dever de esclarecer. O paciente, uma vez esclarecido, tem o direito de decidir o que melhor lhe convém, de forma a respeitar sua autonomia. Quando o consentimento é obtido seguindo esses critérios, estabelecer-se-á a desejada aliança terapêutica entre profissional e paciente.

O Consentimento Informado é visto hoje como instrumento da bioética para o fortalecimento da relação médico-paciente. Por meio do consentimento livre e esclarecido, é atribuída ao médico a responsabilidade de desenvolver relação intersubjetiva com o paciente, estabelecendo conexões mais simétricas e igualitárias.

Conclui-se que, considerando os preceitos jurídicos tuteladores da pessoa humana, aliados à roupagem do Código de Ética Médica e o contido na Recomendação CFM nº 1/2016, a negação e/ou

a omissão de informação ao paciente constituem-se violação aos seus direitos, tornando-se passíveis de responsabilização civil do profissional de saúde. Entretanto, uma vez oportunizada a informação ao paciente sobre as etapas e as consequências possíveis de seu tratamento ou conduta médica, não há consequência no âmbito indenizatório.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: Unesp, 2014.

BAGGIO, Andreza Cristina; RIVABEM, Fernanda. Paternalismo e Autonomia – Uma Falsa Dicotomia? **VIII Congresso Mundial de Bioética**. Gijón, Espanha, 2013. Disponível em: <http://unicuritiba.bafaladireito.blogspot.com/2013/04/paternalismo-e-autonomia-umafalsa.html>.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. v. 38. n. 1. 2010.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BRANDÃO, J. F. **Consentimento informado na prática médica**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/consentimento-informado-na-pratica-medica/#>. Acesso em: 25 jan 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2002.

BRUM, Amanda Netto; LEITE, Silvia Gomes Terra. Humanização do Cuidado: o Desvelar da Relação Médico-Paciente. **Portal Âmbito Jurídico**. 2014. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15417](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15417).

CLOTET, Joaquim. O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade. **Revista Bioética**. v. 3, n. 1. Brasília Jan.2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Consentimento esclarecido**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PublicacoesConteudoSumario&id=55>. Acesso em: 10 jan 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM Nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília. 21 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 9 fev 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.156, de 17 de novembro de 2016. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Brasília, 28 de outubro de 2016. **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 17 nov. 2016. Seção 1, p.138-139. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>.

COSTA, J.H.R, Souza, P.B.B. A Autonomia dos pacientes e a responsabilidade civil do médico em tempos de pandemia. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 19, n. 1, p.127-151, jan./jun. 2021. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/807>. Acesso em: 09 fev. 2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – O consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, 2015, p. 954.

JUNQUEIRA, C. R. **Bioética**. Disponível em: [https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca\\_virtual/esf/2/unidades\\_conteudos/unidade18/unidade18.pdf](https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade18/unidade18.pdf). Acesso em: 08 fev. 2022.

JUNQUEIRA, C. R. “Bioética: conceito, contexto cultural, fundamento e princípios”. In: RAMOS, D.L.P. **Bioética e ética profissional**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2007, p. 22-34.

JUNQUEIRA, S. R. Bioética e saúde pública. In: RAMOS, D. L. P. **Bioética: pessoa e vida**. São Caetano do Sul: Difusão, 2009, p. 97-115.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 10, n. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 62.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [Internet]. Paris: ONU;1948. Disponível: <https://bit.ly/3oJJOpD>. Acesso em: 9 jun. 2021.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

SAUNDERS CM; BAUM M.; HOUGHTON J. **Consent, research and the doctor-patient relationship**. In Gillon R, editor. Principles of health care ethics. London John Wiley & Sons, 1994:457-70.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; MACIEL, Renato Anatólio Lima Horta. A responsabilidade civil dos médicos e hospitais, à luz do direito consumerista. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro 2017, v. 81, 2018, p.45.

## Eutanásia Em Pacientes Não Terminais

Tammy Guimarães Resende Santos<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo geral analisar os pressupostos que firmam a eutanásia em pacientes não terminais. Para tal, percorrem-se três objetivos específicos, a saber: apresentar a sustentação do direito à vida; explicar o princípio da dignidade humana; e mostrar no que se sustentam tanto os que defendem quanto os que vão contra a prática da eutanásia. O procedimento da pesquisa se deu por meio de análise bibliográfica, considerando fontes mais atualizadas e de credibilidade. Como resultado da pesquisa, evidenciou-se que o direito à vida não pode se sobrepor a outras prerrogativas garantidas aos indivíduos e que a prevalência desse direito só pode ser válida quando há como base dignidade e bem-estar social e individual. A pesquisa visa incentivar a sociedade a analisar o assunto e impulsionar outras pesquisas, pois o debate é sobre a dignidade e autonomia de cada ser. Assim, compreender essa matéria e seus efeitos é relevante tanto para o meio social e acadêmico como também para os profissionais da saúde e juristas.

Palavras-chave: Vida. Dignidade. Autonomia. Decisão. Eutanásia.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the assumptions that support euthanasia in non-terminal patients. To this end, three specific objectives are pursued, namely: to present the support of the right to life; explain the principle of human dignity; and to show what both those who defend and those who go against the practice of euthanasia stand on. The research procedure was carried out through bibliographic analysis, considering more up- to-date and credible sources. As a result of the research, it became clear that the right to life cannot override other prerogatives guaranteed to individuals and that the prevalence of this right can only be valid when there is a basis for a dignified life and free from poor quality living. The research aims to encourage society to analyze the subject and promote further research, as the debate is about the dignity and autonomy of each being. Thus, understanding this matter and its effects is relevant for the social and academic environment, as well as for health professionals and jurists.

Keywords: Life. Dignity. Autonomy. Decision. Euthanasia.

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta o direito à vida como uma garantia, sendo disposta ao lado da igualdade, liberdade, propriedade e segurança. Evidencia-se que ela não se sobrepõe as outras garantias invioláveis, mas, sim, está na mesma proporção de ser respeitada. Também é evidenciado na norma constitucional que o direito à vida não se configura como absoluto quando menciona a possibilidade de haver pena de morte em circunstâncias de guerra declarada.

Todas as garantias normativas têm como sustentação, como base, os fundamentos apresentados no artigo 1º da Constituição Federal, sob o título Dos Princípios Fundamentais. Os fundamentos são soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Para este estudo, será aprofundado o princípio da dignidade humana.

A dignidade humana é o que valida o direito à vida. Tanto o é que o texto constitucional coloca a dignidade como fundamento, ou seja, como alicerce para os direitos se estabelecerem. Se não houver dignidade, qual será o sentido de defender a vida? Nenhum! A dignidade humana está intrínseca às condições de vida dos indivíduos nos seus aspectos mais singulares e próprios.

Assim, percebe-se que a dignidade humana tem relação com a individualidade de cada um, com o estilo de vida, com as escolhas, as vontades, as autonomias. Se o indivíduo não tem garantia de escolher, não há de se falar em dignidade, pois esta estará ferida. A dignidade também se relaciona com uma vida de qualidade, em que o indivíduo tem saúde, lazer, por exemplo.

Quando existe uma situação que compromete o viver de uma pessoa, é preciso analisar onde e como sua dignidade está sendo ferida. Um indivíduo que vive com alguma doença incurável, ainda que não o encaixe em um quadro terminal, mas havendo comprometimento na qualidade de vida, por circunstâncias irreversíveis, está sendo atingido em sua dignidade; e se não puder optar pelo que fazer consigo diante de um estado deplorável sem reversão, também estará sua dignidade sendo atingida.

Nesse contexto, busca-se tratar da eutanásia como um caminho para alcançar a dignidade da pessoa humana. Assim, o objetivo geral deste artigo é analisar os pressupostos que firmam a eutanásia em pacientes não terminais. Para tal, são estabelecidos três objetivos específicos, a saber: apresentar a sustentação do direito à vida; explicar o princípio da dignidade humana; e mostrar no que se firmam tanto os que defendem quanto os que vão contra a prática da eutanásia.

A pesquisa de cunho bibliográfico se valeu de artigos recentes, livro de Biodireito, reportagens atuais e de credibilidade sobre como a eutanásia tem sido debatida mundo afora, projeto de lei que trata, ainda que de forma rasa, o assunto no Brasil. O tema é de grande valia para se entender a configuração da dignidade humana, sendo o sentido desta reconhecido conforme as transformações de expectativas, de valores e de mundo.

A eutanásia consiste em um tipo de desfecho à vida, considerada bem jurídico por ter relevância moral. As pessoas que sofrem algo não suportável e, ao mesmo tempo, são destituídas de tratamentos terapêuticos amenizadores do quadro clínico optam por renunciar à garantia constitucional para se ver liberto do estado indigno no qual se encontra.

Assim, no momento em que o Estado recusa à pessoa a possibilidade de esta encerrar a própria vida, há violação da garantia de liberdade, expressa no artigo 5º da Constituição Federal. Desse modo, diante do embate entre garantias e direitos, a pesquisa apresentará, de modo claro e objetivo, o debate que existe sobre a legalização da prática de eutanásia.

## 2 DESENVOLVIMENTO

A vida se estabelece, consoante a Constituição Federal (1988), como direito e garantia fundamentais, não podendo, em tese, estar disposta à arbitrariedade do indivíduo. Nesse contexto, há vínculo direto da proteção à vida diante das práticas católicas. O catolicismo difundiu a vida como sendo algo divinal e à qual não pode se renunciar. Atualmente, a lei se coloca em campo laico, entretanto há resquícios bem fundados da religião, em especial católica, nos fundamentos do Direito. Essa influência tem base histórica.

Em conformidade com Takana e Satim (2020), o ordenamento jurídico pune desde 1930 os crimes dolosos contra a vida, e esta foi determinada como garantia constitucional em 1988, elevando os sujeitos como centrais para o Direito. Segundo Brasil (1988), o direito à vida abarca a inviolabilidade da vida privada, o julgamento de crimes que vão contra a vida, a preocupação com a qualidade de vida quando se trata de meio ambiente no texto constitucional.

A definição de vida sempre ocupou primeiro lugar em investigações, análises e reflexões, o que configura o seu sentido como algo extenso, complexo. De acordo com Michaelis (s.d.), vida são funcionalidades, atributos e práticas (replicar, mutar, reproduzir...) que diferenciam e determinam um organismo vivo de um morto; tempo entre nascer e morrer; uma fase; período em que algo funciona ou existe; criaturas que constituem a fauna e a flora; maneira de viver; conjuntura de ocorrências ou práticas referentes a um indivíduo ou grupo de pessoas. Percebe-se que a definição de vida se dá tanto por extensão quanto por aspectos figurativos.

Em se tratando da vida humana como bem jurídico, esta agencia os vários preceitos constitucionais tidos como fundamentais à pessoa. O direito à vida consiste em uma prerrogativa humana nas declarações internacionais e aparece como base, visto que não pode ser dispensado sequer o alcance dos demais direitos. Segundo Flugge (2016), a demora que houve para inserir o direito à vida no texto constitucional se deu por causa do seu valor simbólico, não se dissipando independentemente de o ordenamento jurídico o reconhecer. Reconhecido deriva “de sua regulamentação como direito fundamental o dever de proteção e de respeito, para o Estado e os demais indivíduos” (FLUGGE, 2016, p. 5).

Apesar disso, o direito à vida não é absoluto, porque a legislação permite exceções a sua proteção, por exemplo, no caso de guerra declarada, segundo Brasil (1988). Assim, a ordem jurídica distingue vida humana dependente da independente, quando regula, de forma criteriosa, o homicídio quando se trata de aborto, por exemplo.

É fato que o desenvolvimento científico da biotecnologia tem dado condições para a vida das pessoas melhorarem. Entretanto, as denominações que configuram o começo e o final da vida não se desenvolveram, mantendo-se há anos, o que requer um acompanhamento em conformidade com a ciência, com a dignidade e liberdade humanas.

A determinação do direito à vida, que tem garantia no texto constitucional, abrange compreensão a outras garantias elevadas, dentre as quais se demonstra a dignidade da pessoa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, encontrando-se no bojo dos princípios fundamentais. Dessa forma, as pessoas têm direito à própria vida, a mantê-la, porém inexiste uma obrigação absoluta, eficaz e incondicional de viver.

Contudo, não se defende um direito à morte como resultado do direito à vida, isso inverteria a conotação da norma constitucional. O direito à vida é colocado como uma prerrogativa da qual não se pode abrir mão, conquanto essa questão pode colidir com outros fundamentos constitucionais, resultando em abdicação de garantias. “Deve-se compreender que a vida humana tem como objeto principal a tutela constitucional enquanto estiver proporcionando uma vida digna.” (FLUGGE, 2016, p.7).

A Constituição Federal prevê a inviolabilidade do direito à vida e traz também, dentro dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, o fundamento da dignidade da pessoa humana. A carta magna surge, assim, buscando defender a concretização dos direitos fundamentais de cada pessoa e do todo social, nas mais distintas esferas. Esses preceitos jurídicos precisam ser apropriados à realidade, seguindo o desenvolvimento social e as imperatividades de cada pessoa.

Consoante Flugge (2016), o princípio da dignidade humana firma a instituição do Estado Democrático, que assegura a prática dos direitos individuais e sociais, como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social. O sentido de dignidade humana é, segundo a autora, extenso e subjetivo. Ela afirma que a concepção cristã coloca como ponto de partida para conceituar a dignidade a Bíblia Sagrada, que evidencia a pessoa com valor próprio, criada à semelhança e imagem de Deus. Essa abordagem implica a inviolabilidade à vida.

Em uma abordagem filosófica e política antiga, a dignidade da pessoa humana, de acordo com Flugge (2016), se associava à posição social ocupada pelo indivíduo. Tal posição se firmava pelo valor ou nível em que a sociedade reconhecia a pessoa. Vale ressaltar que as primeiras ações para defender a dignidade do ser humano foram expressas no Código de Hamurabi, que teve como objetivo a garantia de uma vida plena aos cidadãos em geral.

A carta magna mostra como elemento a clareza no que tange ao valor da dignidade da pessoa humana. Desse modo, o texto constitucional foi consolidado objetivando firmar a solidariedade entre os povos. É percebida que uma nova era se relaciona com as garantias individuais, consequência de buscas para que fossem reconhecidas determinadas liberdades, até chegar ao bem social. Nota-se, também, o sentido duplo de dignidade humana: em um momento como princípio fundamental, em outro como princípio geral.

A dignidade humana, valor essencial da pessoa no plano jurídico, pode ser considerada a razão de diversos direitos fundamentais, como o próprio direito à vida, assim como o direito à liberdade, à igualdade, à integridade física e psíquica. Para que o ser humano exerça sua cidadania, é preciso que suas necessidades mínimas sejam satisfeitas. As condições básicas para

o equilíbrio físico, mental e social devem ser garantidas. No que diz respeito à autonomia, se pode afirmar: o princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada; no da beneficência existe o reconhecimento do valor moral do outro, considerando que maximizar o bem do outro supõe diminuir o mal, e no da justiça ou equidade, a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo- objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal. (CLAURES; MARINI, 2022, p. 4).

Houve uma evolução rápida na proteção da dignidade do indivíduo, entretanto se faz preciso desenvolver a concepção de tais valores entrelaçados com a emancipação social, na busca de distribuir de modo equilibrado prerrogativas já garantidas e as por garantir. A solidariedade humana que cabe ao Direito deve ampliar a interpretação da dignidade da pessoa humana, acompanhando a evolução de cada um na própria singularidade de projeto de vida, visando reconhecer a essência e a vontade do ser.

Segundo Claures e Marini (2022), concorda-se que os pressupostos básicos da Bioética e do Biodireito consistem nos “princípios da autonomia, do consentimento informado, da beneficência, da não maleficência, da justiça e da dignidade da pessoa humana” (CLAURES; MARINI, 2022, p. 3).

Consoante Takana e Satim (2020), configura-se como valor supremo a dignidade da pessoa humana, atraindo o cerne de todas as prerrogativas fundamentais da pessoa, desde o direito à vida. Elaborado como base constitucional unificadora da totalidade dos direitos fundamentais, o desenlace da dignidade da pessoa humana coage “uma densificação valorativa que tenha em conta o seu extenso sentido normativo constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem” (TAKANA; SATIM, p. 14, 2020), sendo que não pode restringir o sentido de dignidade humana a pressupostos que defendem os direitos pessoais e sociais sob uma ótica tradicional ou ignorar base teórica do centro da personalidade individual ao se tratar da garantia de fundamentos da existência humana como uma escolha do sujeito quando se referir a ele próprio.

A dignidade humana deu direcionamento para a criação da Constituição Federal de 1988 e para a Declaração dos Direitos Humanos. Neste documento, a dignidade da pessoa humana consiste em direito; naquele como um princípio fundamental. Percebe-se a importância de tal direito e fundamento para a vida. No momento em que a dignidade é perdida, a função de proteção à vida perde o seu valor, não havendo como usufruir de outros direitos fundamentais diante da condição do sujeito. Assim, a liberdade ser alicerce da dignidade é imprescindível para a sociedade se desenvolver.

Segundo Carvalho e Teixeira (2019), o atributo distintivo e intrínseco de cada pessoa, é o que determina a dignidade da pessoa humana, tornando-a merecedora de consideração e respeito pela sociedade e pelo Estado, resultando, desse modo, uma complexidade de deveres e direitos fundamentais que garantam ao indivíduo ações humanas e benéficas, alicerçando-lhe elementos existenciais mínimos, além da promoção de atuação ativa nos destinos da própria existência e da relação com os outros indivíduos.

São verificadas, no direito à vida, duas faces: o direito de não morrer e o direito de garantia à vida digna, colocando o direito à vida como uma das maiores prerrogativas da Constituição, visto que

todos os direitos se aplicam à vida. Pode-se afirmar, assim, que os princípios fundamentais constitucionais se realizam sob a proteção do direito à vida.

Entretanto, a apreciação dos princípios deve acontecer em conformidade com cada época histórica, visto que a vida artificial de um indivíduo na condição de paciente não se enquadra na essência da dignidade da pessoa humana. A dignidade da vida e a da morte precisam, assim, ser compreendidas pela dignidade humana; e os pressupostos científicos precisam ser limitados no momento em contrariarem os direitos e princípios fundamentais. Nesse contexto é defendido o direito à morte digna.

A vida consiste no principal direito da pessoa humana, mas, os demais direitos fundamentais também não devem ser desprezados, o fim da vida deve ser tratado com respeito e dignidade, prevalecendo o direito a uma morte digna. O princípio da proporcionalidade foi um dos mais importantes princípios do pós-positivismo, exercendo papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. A harmonização entre os direitos fundamentais só será almejada através da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se encontra com uma constituição que denota um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em impacto constantemente. A concepção de proporção está profundamente conectada ao direito. A proporção é descoberta na relação entre o meio e o fim, tendo em vista que sempre haverá uma medida a ser questionada, cujo propósito também será avaliado para que se possa aprofundar corretamente a proporcionalidade. O núcleo dos direitos fundamentais precisa funcionar como um último limite de sentido, invulnerável às restrições que possam acontecer em virtude de conflitos específicos envolvendo direitos entre si ou os que oferecem fins coletivos. A decisão que será apurada no processo de ponderação não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais, como demarcação à atuação do intérprete e acolhendo esses direitos de ações abusivas, sendo possível que a doutrina se responsabilize de construir os sentidos próprios de cada direito, apresentando parâmetros capazes de apontar o que deve ser classificado como prerrogativa essencial de cada direito. (FLUGGE, 2016, p. 8).

De acordo com Machado *et al.* (2018), as circunstâncias que agridem de modo direto a dignidade humana, em destaque ocorrências de doenças que provocam intenso sofrimento, trazem análises mais aprofundadas sobre a eutanásia. Porém, sobre essa temática, além da eutanásia, há a distanásia, mistanásia e a ortotanásia. Elas têm em comum a condição de derivarem da terminologia *tanatós* (τανατος), significando morte; uma menção à personificação da morte na cultura grega.

Eutanásia significa boa morte, visto que visa a uma morte sem fazer o indivíduo sofrer, sendo um modo de “salvar” a pessoa de uma condição de saúde deplorável em que já se encontra. A realização dessa prática ocorre com o controle de um profissional, visando eliminar o sofrimento ou dor. Um exemplo é a utilização de injeção letal em indivíduos condenados à penalidade de morte.

A distanásia consiste em um procedimento que prolonga a vida por meio de terapia ou suporte. “Clonagem humana e criogenia muitas vezes utilizadas de maneiras excessivas e desproporcionais. É muito comum o uso de medicamentos e aparelhos mecânicos que mantêm os pacientes vivos” (MACHADO *et al.*, 2018, p. 76).

Consoante Machado *et al.* (2018), a mistanásia é uma morte dita miserável, resultado de escassez de recursos médicos, falta de tratamento de saúde, negligência, omissão de socorro ou ainda

por questões ideológicas, como genocídios, imperícia ou imprudência dos profissionais da saúde erro médico. Pode ser denominada eutanásia social.

“A ortotanásia é uma referência à morte correta (orto), ou morte natural, sem nenhuma interferência, em que a evolução da vida, ou o percurso da doença, acontecem sem a ação de profissionais” (MACHADO *et al.*, 2018, p. 76). Desse modo, inexistente terapia ou suporte à vida. Suas causas naturais correm sem intervenção até a morte acontecer.

Há uma abertura para discussões referentes à condição humana quando abordadas essas possibilidades de morte. Em específico a eutanásia é caracterizada como crime no Brasil, denominando-se ilícito penal de vários modos. Um dos modos é tratado como crime contra a vida, homicídio, disposto no Código Penal, artigo 121. Em seu parágrafo primeiro, há previsão de homicídio privilegiado: matar alguém firmando-se em relevância social ou moral, sendo diminuída a pena em 1/6 a 1/3. Neste caso, cabem tanto a pessoa que faz a eutanásia como a que dá suporte ao suicídio. O artigo 122 do mesmo código trata do crime de induzir, ou seja, no contexto da eutanásia, quando um terceiro induz alguém a se suicidar ou praticar automutilação (BRASIL, 1940).

Com o decorrer do tempo, há um aumento da sociedade, e junto com esse aumento acompanham as situações que requerem novas posturas, novos olhares, novas compreensões, novas pesquisas das normas existentes. A eutanásia entra nesse cenário de mudanças e de novas propostas, sendo preciso uma nova regra ou nova interpretação. Em decorrência de não haver uma lei específica que trate da eutanásia, as lacunas conduziram o Código Penal a interpretar e aplicar a prática como crime de homicídio.

A questão da eutanásia foi ampliada com o passar dos anos, sendo analisada diante das faces de irreversibilidade e de terminalidade. Na conjuntura atual, alguns países adotam o procedimento de forma legalizada, com normas determinadas. A prática pode ser realizada em casos que estão além dos enfermos em fase terminal e de patologias crônicas. Nesse cenário, há filtros que procuram direcionar os atos decisórios dos médicos para serem éticos e imparciais; o profissional que avalia o paciente não é o mesmo que cuida deste; e existe um período mínimo entre a petição e a consumação da ação.

No contexto brasileiro, a eutanásia não é permitida. No artigo 41 do Código de Ética Médica (2010), é proibido ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo que este ou o representante legal deste peça. O parágrafo único do mesmo artigo afirma que deve haver cuidados paliativos oferecidos pelo médico às situações de doença terminal e incurável sem empreendimento de práticas terapêuticas ou diagnósticas obstinadas ou sem utilidade.

Segundo Reginato (2021), a doutrina tipifica a eutanásia como um modo de crime privilegiado. O sujeito que tira a vida de um terceiro, por motivo de sofrimento deste, como em casos de enfermidades incuráveis em fase terminal, opera de forma tida como compreensível e nobre. A jurisprudência percebe o assunto em termos análogos. Tem como valor moral o motivo subjetivo fundante da prática do agente em decorrência da situação específica do caso, verificada pela moralidade social

média vigente. “O argumento sobre a valor moral da conduta é, em geral, usado como argumento pela defesa do acusado, mas em contextos diferentes” (REGINATO, 2021, p. 3). Vale ressaltar a inexistência de decisão judicial importante referente à eutanásia.

O Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, propõe mudar a eutanásia de homicídio privilegiado para crime autônomo. “Eutanásia Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento em razão de doença grave: pena – prisão de 2 a 4 anos” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 46).

Ainda com as modificações observadas em determinados países – Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Espanha, Países Baixos, Colômbia e Nova Zelândia – sobre o tema e as mudanças de valores culturais e morais no Brasil, a lei brasileira não debate de modo profundo o assunto. De maneira contrária, apresenta uma tipificação determinada ao exercício da eutanásia com penalidade mais leve em comparação com o homicídio simples.

A proposta apresenta determinada flexibilidade: “Art. 122, parágrafo 1º - O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 46). O parágrafo 2º apresenta exclusão de ilicitude, afirmando a inexistência de crime caso o agente não utilize meios artificiais para conservar a vida do enfermo em situação de doença grave irreversível, entretanto deve haver testeamento prévio de dois médicos e permissão do paciente. Este estando impossibilitado de decidir, “ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (SENADO FEDERAL, 2012, p. 46) estão hábeis a decidirem.

No caso do parágrafo 2º, intitulado exclusão de ilicitude, criminalistas trouxeram à luz que se trata de ortotanásia, e este deveria ser o título, visto que se se trata da descriminalização da postura de não usar meios para manter o indivíduo com doença incurável vivo, ou seja, os procedimentos são excluídos para permitir que o enfermo morra naturalmente, dando fim ao sofrimento e à dor.

Nascimento (2019) afirma que esse caso se configura como uma eutanásia passiva, não podendo ser descriminalizada. Acredita-se que se queria a descriminalização da ortotanásia, mas sem sucesso, pois não cumpre as condições básicas para o procedimento, que seriam controlar a dor e o sofrimento e manter os cuidados paliativos. “Na ortotanásia não se quer a morte do enfermo para acabar com o seu sofrimento, mas sim dar a ele o maior conforto material e espiritual possível até que a morte surja de forma natural”. (NASCIMENTO, 2019, p. 6).

Percebe-se, assim, a área médica tendo como foco o alívio do sofrimento e não o mero prolongamento da vida. Nesse contexto, a morte é considerada parte do processo da vida. Não havendo possibilidade de garantir uma vida boa, que seja garantida uma boa morte. Obstruir a dignidade da pessoa por causa de um direito tido como absoluto é igual a sentenciar o indivíduo à morte, em vida. É indiscutível que a Constituição Federal guarda o direito à vida, mas de uma vida digna, contudo, proteger é diferente de blindar, não podendo cessar outras prerrogativas para colocar o direito à vida sobre todas as circunstâncias.

Neste sentido, compreende-se que a vida deve ser assegurada, amparada, protegida e resguardada de modo ativo, entretanto é preciso entender que não há uma inviolabilidade integral e incondi-

cional de um direito, conjecturando-se com transparência que inexistente proteção intocável. Assim, a temática do direito à vida precisa ser analisada, estudada conforme os pareceres legais, o desenvolvimento social, utilizando-se de vários pressupostos que o cerca e o protege.

Desse modo, nota-se que não se devem bloquear os vários significados e desdobramentos pertencentes ao direito à vida, atentar-se somente ao sentido biológico de vida é uma falha para a concepção de uma vida digna, pois um indivíduo em situação terminal, com tratamentos agressivos e dores não suportáveis, desconhece um estado de vida digna, sendo incapaz de usufruir de prerrogativas básicas, como lazer, liberdade, convivência.

Encontram-se correntes diversas sobre a possível criminalização da eutanásia, interpretada como grande vitória do direito à vida, que segundo defensores dessa corrente, estaria o novo tipo penal apenas formalizando o que vinha sendo praticado, imputando ao agente que pratica a eutanásia a norma específica para este delito, que pela leitura do texto da proposta apresentaria uma pena menor do que antes quando condenado por homicídio privilegiado, e por esses motivos, novamente estaria sendo protegida. Mas por outro lado, existem os que interpretaram a possibilidade da criminalização da eutanásia como um grande equívoco, pois além de não estar diante de manutenção da vida digna, mencionada na constituição e da dignidade da pessoa humana, também estaria ferindo mais um princípio basilar do direito, a autonomia da vontade. Neste sentido, menciona o especialista em Ciências Criminais, Filipe Pinheiro Mendes (2012): “A eutanásia como figura típica em um novo código penal em nada amplia a proteção à vida, mas tão somente cerceia a liberdade do indivíduo que em um estado brutal de debilidade tem retirado de si o direito de decidir sobre sua existência. (NASCIMENTO, 2019, p. 20).

Os contrários à prática dizem se tratar de uma defesa à morte. O Tribunal Constitucional Italiano coloca a eutanásia como algo danoso à proteção mínima da vida humana na totalidade desta, segundo UOL Notícias (2022). Vale ressaltar que a Itália é fortemente influenciada pelos dogmas da igreja Católica, o que influi em tal posicionamento do Tribunal.

Em conformidade com Guerra (2022), a Associação de Médicos Católicos Italianos (AMCI) enquadra a eutanásia como uma cultura mortal incentivada pelas fragilidades do sistema de saúde por meio de um manifesto que se intitula ser pela vida e, ao contrário, é pelo “razoável desumano por piedade” (GUERRA, 2022, p. 4). O grupo afirma a necessidade de se investir em cuidados paliativos e que o acesso a procedimentos terapêuticos e a manutenção destes devem ser garantidos.

A AMCI concorda, em tese, com o asseguramento de uma morte digna a todos, sendo abrangido o cuidar, mas não aceita a ação no caso de esta servir de atalho aos doentes nos últimos momentos de vida. A associação solicita ao Estado italiano que disponibilize modos de proteger e assistir aos deficientes, doentes crônicos, doentes mentais e idosos, afirmando que isso melhora a assistência à *eubiosia*, que consiste no oposto de eutanásia.

Segundo o presidente dos médicos católicos, vivemos uma cultura de eutanásia alimentada por alguns problemas no sistema de saúde, como a lotação de hospitais, adiamento de atendimentos e cirurgias e o abandono das famílias e dos pacientes. “Quando se percebe não ser aceitos na doença – continua Filippo – surge o desejo de dizer ‘vamos acabar com isso’. Mas é justamente aqui que devemos focar a questão”. Filippo, portanto, exclui qualquer tipo de

“proximidade” dos médicos católicos a um texto da lei da eutanásia: “Faremos um caminho de escuta, mas que deve ser participado por todos os batizados na Igreja”. “O grito pela eutanásia é um grito de alarme de quem sofre – conclui – mas quando nós médicos nos aproximamos desta dor, cria-se um diálogo educativo, que também os jovens deveriam conhecer, porque estamos falando da passagem mais humana da nossa vida. (GUERRA, 2022, p.2).

Percebe-se que o posicionamento da Igreja Católica é contrário às práticas de eutanásia, afirmando que o indivíduo necessita de relações de proximidade, convivência com os pares ou próximos, afirmando que a falta do diálogo e da escuta aproximam os indivíduos da escolha pelo procedimento. A Igreja também alega que com a descriminalização da eutanásia são comprometidos os princípios de justiça e solidariedade e as bases do bem comum.

Ao contrário da AMCI, Pedro Sánchez, presidente da Espanha, coloca a eutanásia como um procedimento justo, livre e humano, de acordo com CNN Internacional (2021). A Espanha é o mais novo país a permitir a eutanásia, Holanda foi o primeiro. Os outros países que já permitem são Bélgica, Canadá, Nova Zelândia e Colômbia. No Chile houve aprovação na Câmara dos Deputados, aguarda parecer do Senado, conforme G1 Mundo (2021).

Consoante CNN Internacional (2022), na Colômbia, a 1ª pessoa a morrer de eutanásia sem ter doença terminal foi um homem de 60 anos, no dia 07/01/2022. Havia dois anos que o senhor Victor Escobar Prado tentava a garantia da eutanásia. “Com doença pulmonar obstrutiva crônica, era dependente de oxigênio e tinha sequelas agravadas por dois acidentes vasculares cerebrais de um acidente de trânsito ocorrido durante a juventude” (CNN INTERNACIONAL, 2022).

Outra situação similar foi o de Martha Sepúlveda, Colombiana, 51 anos de idade, com esclerose lateral amiotrófica, enfermidade degenerativa do sistema nervoso que tem como implicação paralisia motora progressiva, irreversível, de modo limitante. Havia sido garantido o direito à eutanásia à mulher, procedimento seria realizado dia 10 de outubro de 2021, entretanto, 36 horas antes do procedimento, a clínica que realizaria este o cancelou.

Segundo BCC internacional (2022), a Comissão Científica Interdisciplinar pelo Direito de Morrer alegou que Martha não se encaixava totalmente no critério de terminalidade. A suspensão foi revogada pela Justiça colombiana. O juiz considerou que a clínica foi contra “os direitos fundamentais de morrer com dignidade, a uma vida digna, ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana de Martha Sepúlveda” (BCC NEWS, 2022), determinando nova data para o procedimento.

As pessoas que são de acordo com a prática da eutanásia se fundamentam na afirmação de que o procedimento permite a menor extensão do estado de agonia, aflição e flagelo dos enfermos em condição vegetal ou terminal, resultando em um caminho consciente junto a uma escolha avisada de forma prévia. O anseio do indivíduo que tem doença dolorosa, grave e sem reparação tem como alvo a prevalência dos direitos de opção e autodeterminação diante da própria vida no trato de interrompê-la.

Segundo Nascimento (2019), a vertente defensora da eutanásia visa à prevalência da vontade individual diante da sociedade em situação de crivo pessoal, pois é sobre o desejo de cada indivíduo diante do bem-estar próprio. Assim, fica claro o objetivo da eutanásia: direito de escolher em circuns-

tâncias sem reparos e reversão. A escolha parte de reflexão, fundamento, corroboração, embasamento das questões biológicas, culturais, psíquicas e sociais, determinando a face decisória da pessoa, a submissão à eutanásia.

Para os defensores da eutanásia, a decisão de continuar o tratamento em situações drásticas só pode caber ao indivíduo, a partir de uma escolha pessoal e reflexiva. Caberia ao indivíduo valorar sua existência, dando uma dimensão específica e concreta ao bem concebido juridicamente de forma absoluta e abstrata. Qualquer ação pautada pelo princípio da dignidade humana não poderia ser objeto de reprovação penal. No entanto, os que se posicionam de forma contrária, temem a banalização do instituto e da vida. (CLAURES; MARINI, p. 4, 2022).

A pessoa sem força, vigor, livre arbítrio para resolver e suprir as próprias demandas não tem suas necessidades elementares satisfeitas, considera a vida, desta forma, um fardo. Esse indivíduo precisa e merece ter firmada sua vontade própria no que tange a decidir sobre não mais sofrer, sentir dor e se encontrar em um estado permanente de pesar.

O princípio da autonomia permite que o enfermo decida sobre as práticas que alterem seu estado de saúde mental e físico e firma seu querer, abrangendo a prerrogativa de os médicos informarem sobre os tratamentos e possibilidades existentes. A autonomia consiste no poder de o indivíduo decidir sobre a própria saúde e vida, integridade psíquica e física.

Assim, a autonomia do indivíduo deve ser respeitada e reconhecida, visto que toda pessoa tem propósitos e esperanças singulares em relação ao próprio destino. A deliberação quanto aos planejamentos de prosseguir ou não a vida tem como base aspirações, crenças e valores da pessoa em sua singularidade, e isso deve ser levado em conta, ainda que divirja do profissional de saúde.

Quando se encontra em uma situação em que o projeto de vida está esgotado, os dias são todos de sofrimento e dor, a pessoa almeja aliviar-se da agonia. A dignidade deve fazer jus a esses seres humanos que não têm qualidade de vida e deve agir de forma rápida para minimizar o quanto antes a situação deplorável. Assim, por meio da eutanásia, pode-se alcançar o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, possibilitando ao paciente descansar em paz, ter uma morte digna.

### 3 CONCLUSÃO

A dignidade humana é um dos fundamentos constitucionais, que faz com que direitos e garantias sejam validados. O direito à vida e o fundamento da dignidade humana devem estar conectados, visto que não há de se pleitear o direito de se viver se inexistir dignidade. Ou seja, a dignidade é a base para uma vida plena.

O conceito de dignidade humana passou por várias modificações em decorrência das alterações de valores e preceitos morais, acarretando mudança no sentido do direito à vida. Ressalta-se que direito algum é absoluto, e, quando interfere no bem-estar, na autonomia e liberdade da pessoa, precisa ser revisto sob uma perspectiva holística.

Em específico, no caso de pessoa acometida de doença grave em que o quadro é irreversível, faz-se imprescindível prevalecer a vontade daquela sobre continuar ou não a vida. O ser humano só

vive uma vida digna quando tem resguardado seu direito de escolha sobre si. Isso requer consideração tanto da questão social quanto individual. Nesse cenário, o procedimento de eutanásia tem ganhado bastante destaque.

No Brasil a prática é crime, tendo prisão como penalidade. Há legalização em oito países, com critérios básicos, prezando pela vontade do indivíduo que sofre de doença sem reversão, a fim de a pessoa alcançar a dignidade da pessoa humana em poder optar e ter sua escolha acatada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 15 fev. 2022.

BBC NEWS Brasil. **Após batalha judicial, colombiana Martha Sepúlveda morre por eutanásia**. 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59928037>> Acesso em: 15 fev. 2022.

CLAURES, Álvaro Corrêa; MARINI, Bruno. **Eutanásia sob a perspectiva do biodireito e dos direitos humanos**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-28/claures-marini-eutanasia-perspectiva-biodireito>> Acesso em: 16 fev. 2022.

CNN Brasil Internacional. **Parlamento da Espanha aprova legalização da eutanásia**. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/parlamento-da-espanha-aprova-legalizacao-da-eutanasia/>> Acesso em: 15 fev. 2022.

CNN Brasil Internacional. **Homem de 60 anos é 1ª pessoa sem doença terminal a morrer de eutanásia na Colômbia**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/homem-de-60-anos-e-1a-pessoa-sem-doenca-terminal-a-morrer-de-eutanasia-na-colombia/>> Acesso em: 15 fev. 2022.

CARVALHO, Micheline Maria Machado de; TEIXEIRA, Anderson Silva. **Eutanásia: o conflito entre o direito à vida e a autonomia da vontade**. 2019. Disponível em: <<https://bdcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/Artigo-Anderson-1revisado-2-corrigido-pdf.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. 2010. Disponível em: <<https://rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual#:~:text=Aproveitar%2Dse%20de%20situa%C3%A7%C3%B5es%20decorrentes,o%20de%20seu%20representante%20legal.>> Acesso em: 15 fev. 2022.

FLUGGE, Anna Eliza Marques. **Testamento biológico: a vida como dever ou direito**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53405/testamento-biologico-a-vida-como-dever-ou-direito>> Acesso em: 14 fev. 2022.

G1 Mundo. **Deputados aprovam projeto de lei para legalizar a eutanásia no Chile**. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/04/21/deputados-aprovam-projeto-de-lei-para-legalizar-a-eutanasia-no-chile.ghtml>> Acesso em: 15 fev. 2022.

GUERRA, Marco. **Médicos católicos Italianos contra a eutanásia: não promoveremos a morte**. 2022. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/mundo/news/2022-01/manifesto-medicos-caticos-contra-eutanasia.html>> Acesso em: 15 fev. 2022.

MACHADO, Natália Paes Leme *et al.* **Biodireito**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A. 2018.

MICHAELIS. **VIDA significado**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vida>> Acesso em: 15 fev. 2022.

NASCIMENTO, Samir. **Eutanásia: aspectos jurídico-penais e desdobramentos no Projeto de Lei 236/12 do Senado Federal**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75524/eutanasia-aspectos-juridico-penais-e-desdobramentos-no-projeto-de-lei-236-12-do-senado-federal>> Acesso em: 15 fev. 2022.

REGINATO, Diogo Gomes. **Projeto de lei n. 236 de 2012 e a eutanásia**. 2021. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/projeto-de-lei-n-236/>> Acesso em: 15 fev. 2022.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado N. 236, de 2012**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1630417794456&disposition=inline>> Acesso em: 16 fev. 2022.

TANAKA, Lucas Youzo Abe; SATIM, Amanda Frederico. Eutanásia: uma solução digna para uma vida indigna. IN: Bioética e biodireito II [livro eletrônico] /Valéria Silva Galdino Cardin, Henderson Fiirst de Oliveira, Carlos Alexandre Moraes, Letícia Carla Baptista Rosa (Orgs.). Birigui, SP: Editora Boreal: UniCesumar, 2020. **VI Congresso de Novos Direitos e Direitos da Personalidade: V Congresso Internacional de Direitos da Personalidade**.

UOL Notícias. **Tribunal Constitucional italiano rejeita referendo sobre eutanásia**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2022/02/15/tribunal-constitucional-italiano-rejeita-referendo-sobre-eutanasia.htm>> Acesso em: 16 fev. 2022.



## **Prova pericial: requisitos de validade e admissibilidade do laudo pericial conforme Artigo 473 do Código de Processo Civil**

**Viviane N. A. Frazão<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Em alguns casos, o exame dos fatos que ensejaram a causa exige conhecimentos técnicos que um juiz (pode-se dizer leigo no assunto) não possui, devendo esse exame ser registrado em laudo pericial. Assim, em ações que envolvam discussão de erro médico é imprescindível a realização de prova pericial, por haver questões técnicas que extrapolam o conhecimento de um juiz e que serão fundamentais para a formação da opinião do magistrado. O presente trabalho tem por objetivo analisar o resultado desse trabalho feito por expert – o laudo pericial – e os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Processo Civil. Direito Médico. Prova Pericial. Laudo Pericial. Validade da Prova Pericial.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

## ABSTRACT

In some cases, the examination of the facts that gave rise to the case requires technical knowledge that a judge (one can say layman on the subject) does not have, and this examination must be recorded in an expert report. Thus, in actions involving discussion of medical errors, it is essential to carry out expert evidence, as there are technical issues that go beyond the knowledge of a judge and that will be fundamental for the formation of the magistrate's opinion. The present work aims to analyze the result of this work done by an expert - the expert report - and the requirements required by the Code of Civil Procedure.

Keywords: Civil Procedure. Medical Law. Expert proof. Forensic report. Validity of Expert Evidence.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a prova pericial é de extrema importância nas ações em que há discussão de erro médico, por haver fatos trazidos pelas partes que necessitam de uma investigação técnica. Assim, sendo uma prova extremamente técnica e que mais se aproximaria da verdade dos fatos, arrisca-se dizer que a prova pericial tem um peso maior na formação de opinião do juiz.

O presente artigo tem como objetivo lançar luz sobre a validade e admissibilidade do laudo pericial insuficiente. A ausência de discussão sobre o tema permite que peritos continuem elaborando pareceres em desacordo com a legislação e que o órgão julgador continue se valendo de prova pericial nula na formação de seu convencimento.

Com base na interpretação das normas jurídicas e doutrina, este estudo apresenta duas hipóteses no que diz respeito à prova ilícita: a primeira mostra que, sendo considerado ilícito, o laudo seria inadmissível, devendo ser desentranhado do processo e não podendo produzir efeitos. Conforme afirmado por Grinover (1982, p. 109):

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido também é geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando essas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

A segunda hipótese seria no sentido de se admitir prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, respeitando assim a duração razoável do processo, desde que esta não tenha comprometido direito fundamental e direito ao contraditório e ampla defesa.

Para que seja possível entender os requisitos de admissibilidade previsto no art. 473 do Código de Processo Civil, será abordado inicialmente a teoria geral da prova como direito fundamental das partes, apresentando, de forma sucinta, o conceito de prova ilícita, o princípio do livre convencimento motivada e a finalidade da prova no processo.

Após isso, será abordada a interpretação do verbo “dever” nas normas jurídicas, uma vez que o mencionado artigo traz em seu caput o texto “o laudo pericial deverá conter”. O objetivo é entender a obrigatoriedade (ou não) trazida na lei.

Por fim, será analisada a prova pericial em si e os requisitos de validade trazidos pelo legislador na atualização do Código, apontando algumas preocupações na elaboração de laudo pericial insuficiente.

## 2 TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Antes de abordar a prova pericial em si, é importante sintetizar alguns conceitos básicos a respeito da teoria geral da prova.

O direito à prova é direito fundamental, previsto no art. 5º, LV. Além disso, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. A palavra “prova” é originada do latim *probatio*, que, por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. (GRECO FILHO, 2003, p. 182).

Segundo a Prof.<sup>a</sup> Isabel Alexandre,

O tema do direito à prova no processo civil tornou-se particularmente merecedor de atenção na Itália e na Alemanha, na sequência da jurisprudência da Corte Costituzionale e do Bundesverfassungsgericht que, com base, respectivamente, nos artigos 24º e 103º I, das Constituições desses países, consideraram tal direito uma manifestação essencial do exercício de ação e de defesa. (ALEXANDRE, 1998, p. 69).

O direito surge em consequência de um fato, assim, na ação, sempre haverá a alegação de um fato causador da violação de um direito. Esse fato, sendo controvertido, pertinente e relevante, deve ser provado, sendo, desta forma, objeto de prova.

É por meio da prova que se chega à verdade (mais próxima possível do real), à convicção sobre a veracidade (ou não) da alegação de um fato. Desta forma, nas palavras de Didier, Braga e Oliveira (2021, p. 65), a finalidade da prova é “permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa.” É o elemento principal no processo, pois é através dela que as partes irão garantir a tutela jurisdicional de seu direito, de forma justa. Assim, “a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”. (CAMBI, 2001, p. 170).

No tocante à formação de convicção do magistrado, não é permitido a este apreciar os fatos controvertidos através de intuição pessoal ou baseado em experiências próprias:

Não pode o juiz, na apreciação dos fatos controvertidos, guiar-se para nortear e fazer gerar a sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, suposições, impressões pessoais...Não pode o juiz supor coisa alguma; se o pudesse, deveria logicamente julgar segundo a própria consciência ou o conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum, privatum scientiam* (segundo feito e provado, não segundo convicção íntima). (SANTOS, 1983, p.16).

Para facilitar o controle da decisão e evitar juízos puramente subjetivos e discricionários, o CPC adota o sistema do “convencimento motivado” ou “persuasão racional”:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Contudo, antes mesmo do juízo de valoração das provas, o juiz deve primeiramente realizar um juízo de admissibilidade, pois, sendo considerada inválida, esta não poderá servir como fundamento para a formação de seu convencimento. Sobre o assunto, Knijnik (2007) instrui:

O princípio do livre convencimento (motivado, a valoração) nada tem a ver com a admissibilidade da prova; a valoração entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto do seu exercício; daí segue-se que viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida sob bases equivocadas.

A relevância desse assunto será notada quando for abordado o tema acerca da validade do Laudo Pericial, resultado da Prova Pericial. Por isso foi necessário lembrar a importância do juízo de valor e admissibilidade para formação de opinião.

#### Das provas ilícitas/ilegítimas/nulas/anuláveis

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda a produção de prova obtida ilicitamente. Como mencionado, a prova é elemento essencial para a tutela jurisdicional, desta forma, não pode ser produzida ou obtida a todo custo, violando norma jurídica. A validade da prova, observando os princípios do devido processo legal e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, é que irá garantir a tutela jurisdicional justa.

Para Didier, Braga e Oliveira (2021, p. 117):

O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico...São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

A doutrina costuma fazer diferenciação entre provas ilícitas e provas ilegítimas, pois uma seria obtida por meio de violação à norma de direito material e outra obtida em decorrência de violação de norma de direito processual. Assim, o meio de prova poderia ser lícito, mas o modo de produção não. Ao passo que as provas ilícitas são inadmitidas no processo por força da Constituição, as provas ilegítimas estariam sujeitas à teoria das nulidades, prevista em lei processual. Didier, Braga e Oliveira afirmam ser uma classificação desnecessária, pois “pouco importa qual a natureza jurídica da norma violada: a prova, de todo jeito, será proibida no processo” (2021, p. 118).

Em sentido oposto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) entendem que a prova produzida em desacordo com a norma processual pode ser sanada desde que a regra violada não seja essencial à proteção de direito fundamental, para isso, o juiz deveria expor as razões que vinculam os resultados obtidos da prova lícita e da prova ilícita. Assim, seguindo o entendimento dos autores, seria possível manter prova ilícita (ou ilegítima) no processo se não houver prejuízo a direito fundamental.

Conforme Avolio (1999, p. 42-43):

As provas ilícitas são colocadas como espécie das provas vedadas, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional. Na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este

Sendo constatada a ilicitude da prova produzida, o juiz deve recusá-la, excluindo, assim, qualquer registro dos autos, pois a sua permanência pode influenciar a convicção do julgador. O Código de Processo Penal prevê o desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Em decorrência do princípio da legalidade, entende-se que a prova não poderá ser produzida de forma contrária àquela prevista em lei, proporcionando desta forma o contraditório e ampla defesa das partes conforme o texto legal. A inobservância de exigências legais pode invalidar o ato processual.

O juiz é quem irá apreciar a relevância de determinada infração à forma legal de um ato processual. A nulidade do ato poderá ser absoluta ou relativa. Será considerada absoluta quando houver grave violação à norma que torne o vício insanável. E relativa quando torna o ato de menor gravidade apenas anulável, podendo o vício ser sanado pelas partes. O vício poderá ser alegado pelas partes ou conhecido de ofício pelo juiz.

O Código de Processo Civil prevê em seu art. 277 que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” Assim, “o ato praticado com violação de forma só será decretado inválido se, e somente se, não atingir a sua finalidade e comprometer os fins de justiça do processo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Portanto, percebe-se que a prova que tenha sido produzida em discordância com a lei processual, desde que tenha atingido a sua finalidade ou seja possível de ser sanada, será aproveitada, influenciando, assim, na convicção do julgador, como mencionado.

### 3 A INTERPRETAÇÃO DO VERBO “DEVER” NA LEGISLAÇÃO

A hermenêutica jurídica é entendida como o conjunto orgânico de regras de interpretação. Essas regras constituem-se por estudos e obras realizadas por vários doutrinadores durante toda a história da civilização. Entre elas, cabe citar o conjunto de regras elaborado por Carlos de Carvalho, na obra Nova Consolidação das Leis Cíveis:

Caput – A ementa de lei facilita sua inteligência

§ 1º. No texto da lei se entende não haver frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito;

§ 2º. Se as palavras da lei são conformes com a razão devem ser tomadas no sentido literal e as referentes não dão mais direito do que aquelas a que se referem; (CARVALHO, 1989 apud FRANÇA, 1997, p. 27-28)

Além disso, o jurista propôs dez regras de interpretação nas normas jurídicas, sendo importante mencionar quatro delas:

1. O ponto de partida da interpretação será sempre a exegese pura e simples da lei.
2. Num segundo momento, de posse do resultado dessa indagação, o intérprete deverá reconstruir o pensamento do legislador, servindo-se dos elementos lógico, histórico e sistemático.
3. Num terceiro momento, cumprir-lhe-á aquilhoar a coincidência entre a expressão da lei e a descoberta auferida, da intenção do legislador.
4. Verificada a coincidência, estará concluído o trabalho interpretativo, passando-se desde logo à aplicação da lei.

É comum na leitura das normas jurídicas encontrar termos como “deve”, “pode” e “convém”. Essas formas verbais expressam condições que a sociedade irá adotar em seu cotidiano.

A palavra “Dever” vem do latim *debere*, que alcança a “ideia de obrigação, compromisso adquiridos e estendidos à consciência ética e moral em torno às responsabilidades individuais, formado pelo prefixo *de-*, em função de privação” (VESCHI, 2020). Segundo Aurélio, a palavra “originou-se em *habere*, ‘ter’, ou no latim *debere*, sendo do mesmo radical de ‘*debitus*’ que significa ‘ter alguma coisa de alguém, ser devedor’”.

Em seu manuscrito acerca da mudança linguística, Casimiro menciona que a origem em *habere* (“ter”) explica por que tal verbo apresenta inicialmente um valor deontico, já que “ter” em português é empregado com esse valor modal, de obrigação, de fato a se realizar; assim como *habere* era em latim.”(CASSIMIRO, 2028).

O Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa dá à palavra o significado de:

1. Obrigação de fazer alguma coisa imposta por lei, pela moral, pelos usos e costumes ou pela própria consciência; encargo.
2. Em sentido absoluto, conjunto das obrigações de uma pessoa: Ser fiel ao dever.
3. Em sentido particular, uma regra de ação específica ou uma obrigação definida. (MICHAEELIS, s.d.).

Ferreira (1999) menciona em seu dicionário os seguintes sentidos da palavra “dever”:

1. Ter obrigação de; 2. Ter de pagar, estar na obrigação de restituir; 3. Ter de precisar; 4. Estar obrigado, estar em agradecimento; 5. Dever; 6. Estar obrigado ao pagamento de; 7. Seguido de preposição de e de um verbo no infinitivo indica probabilidade, suposição; etc.

É possível notar a utilização constante de verbos modais de valor deôntico ao interpretar as normas jurídicas. Nesse sentido, de acordo com o estudo realizado por Leite (2002, on-line), “as próprias características inerentes ao discurso jurídico favorecem o aparecimento de uma modalização baseada na imposição de um sujeito falante sobre outro, seja pela instauração de uma obrigação, uma permissão ou uma proibição”.

#### 4 CRITÉRIOS DE VALIDADE E ADMISSIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL

Nos processos que envolvem reclamação de erro médico e odontológico, pode se considerar a prova pericial como prova fundamental ou de extrema importância, por haver reclamações extremamente técnicas, cujo dano reclamado será verificado por especialista na área reclamada.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA NON AEDIFICANDI. INDENIZAÇÃO FIXADA PELOS CRITÉRIOS DE EXPERIÊNCIA DO JUÍZO. ARTS. 436 E 335, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL TECNICAMENTE INSUFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 27, DO DECRETO-LEI N.º 3.365/41. NULIDADE DA PERÍCIA E DOS ATOS SUBSEQUENTES.

[...]

4. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, consoante do disposto no art. 436, do CPC, “podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.” Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema, conforme dicção o art. 335, do CPC, verbis: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” 5. Consectariamente, acaso o juiz entendesse pelo desacerto do laudo pericial oficial que fixou a indenização devida aos demandantes ante a imposição de limitação administrativa que considerou

a área de que são titulares do domínio como non aedificandi, caberia a ele determinar a realização denova perícia. 6.”É verdade que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do CPC). Não é menos verdade, entretanto, que o laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a perícia, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção. (José Carlos de Moraes Salles, in A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais, p- 329-332) 6. Deveras, é cediço na Corte que: “Sem aprisionamento a justiça, ou não, da avaliação, a valoração do laudo questionado demonstrando sua insuficiência para a fixação do justo preço, torna-se necessária a renovação da prova técnica.” (RESP 59.527/MG, publicado no DJ de 02.08.1996). (REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 236) (grifo nosso).

O CPC de 2015 trouxe inúmeras mudanças no âmbito da produção de prova pericial, incorporando vários entendimentos de jurisprudência adotados na vigência do código revogado. Entre eles está a exigência de especialização no objeto da perícia, conforme disposto nos §§1º e 2º, do art. 156 e art. 465, que dispõem: “o juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.” (grifo nosso)

Os julgados abaixo mostram o reconhecimento dos órgãos julgadores da importância da perícia realizada por especialista na área do objeto da prova, devendo o perito nomeado comprovar sua especialização:

Responsabilidade Civil – Erro médico – Complicações durante o parto e posterior morte do bebê – Alegação de cerceamento de defesa – Ocorrência – Prova pericial

– Alegação de que o perito não tem especialidade na área de ginecologia e obstetrícia como o caso requer – Perito especialista em gastroenterologia e medicina de trabalho que não se mostra competente para atuar no presente caso – Necessidade de nomeação de perito especialista na área e realização de novo laudo pericial – Recurso provido para afastar a sentença, devendo o processo retomar seu curso.” (TJ-SP - APL: 00578635320068260114 SP 0057863-53.2006.8.26.0114, Relator: Luis Mario Galbetti, Data de Julgamento: 01/12/2014, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2014). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. USO DO MEDICAMENTO VIOXX. SÍNDROME DE STEVENS-JOHNSON. AGRAVO RETIDO. DECISÃO QUE INDEFERIU A REPETIÇÃO DA PROVA PERICIAL. PERÍCIA REALIZADA POR MÉDICO NÃO ESPECIALISTA NA ÁREA OBJETO DA PERÍCIA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 145, § 2º, DO CPC. FALHAS NO LAUDO. NECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO PROVIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA. (TJ-PR - AC: 6877883 PR 0687788-3, Relator: Miguel Kfoury Neto, Data de Julgamento: 02/08/2010, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 456)

Uma das mudanças mais importantes, que é tema deste trabalho, está no art. 473, em que o legislador apresenta o conteúdo necessário do Laudo Pericial:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

1. - a exposição do objeto da perícia;
2. - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;
3. - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;
4. - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia

Chama atenção o inciso III, que exige (“deverá conter”) do perito a indicação do método utilizado, devendo este ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento do objeto da perícia. Em conjunto com os §§ 1º e 2º do mesmo artigo, é possível perceber que o legislador buscou trazer mais seriedade à prova pericial, que antes parecia ser feita de qualquer maneira. Portanto, é necessário que o perito externar o método científico pelo qual chegou a uma conclusão, considerando que o resultado da perícia será direcionado ao órgão julgador que, em seu livre convencimento motivado, poderá adotá-los ou não.

Um dos principais objetivos do trabalho pericial é encontrar respostas conclusivas para os quesitos formulados, em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões, conforme expresso no CPC. Assim, não se admite quesitos em que o perito se limita a responder com um “sim”, “não” ou “prejudicado”.

Não cabe ao perito dizer se a parte agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Ele deve se ater apenas aos fatos e ao conhecimento científico de seu campo de atuação. O trabalho realizado pelo perito conforme suas razões, sem seguir o que determina a Lei, causa insegurança jurídica e prejuízo à apuração da verdade:

E o opressivo poder de convencimento da prova pericial na formação da convicção judicial sob hipótese nenhuma pode ser negligenciado, de modo que, num esforço inclusive de autocontenção, é preciso evitar a contaminação do processo com pseudoperícias, realizadas com pseudométodos, que entregam pseudorresultados, muitas vezes justificados apenas com recurso à formulação retórica de que se cuida do perito do juízo, depositário de sua confiança e equidistante das partes. (KNIJNIK, 2017. On-line)

Ainda nessa linha, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2027) afirmam:

O laudo deve limitar-se a examinar a questão de fato técnica ou científica submetida ao perito e de sua área de conhecimento. Não deve o perito avaliar questões externas à sua designação, nem emitir opiniões pessoais que não se relacionem com o fato examinado. Não se admite a fundamentação judicial.

Por ausência dos requisitos de validade previstos em lei, pressupõe que o laudo pericial deveria ser considerado nulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PERÍCIA DECLARADA NULA POR CULPA EXCLUSIVA DO PERITO - AUTORIZAÇÃO PARA LEVANTAMENTO PARCIAL DOS HONORÁRIOS PERICIAIS - IMPOSSIBILIDADE. - Se a prova pericial foi declarada nula por culpa exclusiva do expert, nenhum efeito desta pode ser percebido, não se justificando, desse modo, o pagamento dos honorários periciais com relação a esta prova. O perito, por sua culpa, não realizou o serviço que consistia na realização de uma prova apta a auxiliar o juízo no julgamento da demanda, pelo que não merece receber a devida contraprestação. (TJ-MG - AI: 10481060647114001 MG, Relator: Otávio Portes, Data de Julgamento: 20/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/03/2013).

Ora, se a perícia é declarada nula, entende-se que ela deveria ser desentranhada dos autos. Neste caso, é irrelevante a discussão a respeito do pagamento dos honorários periciais. A preocupação aqui está em manter nos autos um laudo pericial deficiente, que pode prejudicar o direito de uma das partes. Se o órgão julgador não irá apreciar o laudo lacônico, qual o sentido de mantê-lo no processo? A prova considerada nula não pode ser considerada como elemento de convicção quando da prolação da sentença. Nesse sentido, é o entendimento de Manzano (2023, p. 186):

A inobservância, isto é, nulidade, do procedimento probatório pericial acarreta a ilicitude da prova, ou seja, do elemento de prova que, no caso da prova científica, é o laudo. Caso este seja admitido no processo, impor-se-á reconhecer-lhe a inutilizabilidade. A sentença que a houver valorado deverá ser reformada quando, abstraída a prova ilícita, não puder se sustentar com base em outros elementos de prova.

Se a lei traz em seu corpo disposições acerca da prova pericial que antes não existiam, essas exigências devem ser seguidas. No caso do não cumprimento aos requisitos de validade, sendo o laudo pericial considerado insuficiente, até o momento, não há na doutrina ou jurisprudência a possibilidade de desentranhamento desse laudo ou sua inadmissibilidade, considerando ser prova ilícita ou nula. O que o código nos traz a possibilidade de substituição do perito quando este faltar com conhecimento técnico ou o pagamento parcial dos honorários quando o trabalho for insuficiente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que a decisão justa depende da reprodução mais próxima da realidade possível dos fatos em juízo. De forma sucinta, o laudo pericial que não preenche os requisitos do 473, do CPC deveria ser considerado inadmissível e dele não poderia seguir qualquer efeito jurídico, com base no princípio da legalidade e por previsão constitucional. No entanto, por se tratar de Direito Constitucional, não se poderia conceder o direito à prova o caráter absoluto, de modo que, aplicando o

princípio da proporcionalidade, seria possível o magistrado se valer de provas consideradas ilícitas, se estas não prejudicarem direito fundamental.

É desnecessária uma interpretação aprofundada do caput do art. 473 para entender o seu significado, o que o legislador quis trazer. A lei é clara e direta, não deixa lacuna ou omissões, de modo que o seu destinatário deverá agir de acordo com seu texto, conforme apresentado.

Não é comum as partes questionarem a validade do Laudo Pericial, principalmente quando este é favorável a alguma delas. Assim, resta o entendimento de que é responsabilidade do juiz, a quem cabe a função jurisdicional, aplicar o direito ao caso concreto e zelar pelo cumprimento das normas de direito material e processual e, de ofício, decretar nulidade ou inadmissibilidade do laudo pericial.

O laudo pericial que não preenche os requisitos de validade, faltando, principalmente, com a indicação e utilização de método aceito, pode-se dizer que não passa de um mero arquivo em que o perito expressa suas experiências diárias. E é esse arquivo que servirá como base para a formação da convicção judicial.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em Processo Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 69.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 42-43.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.
- CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CASIMIRO, S. **Mudança linguística e gramaticalização: o modal verbo “dever” no Português do Brasil** (Linguistic change and grammarization: the modal verb “dever” in Portuguese of Brazil). Estudos da Língua(gem), [S. l.], v. 16, n. 1, p. 7-23, 2018. DOI: 10.22481/el.v16i1.4875. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/estudosdalinguagem/article/view/4875>.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 16. Ed. Salvador: Ed. Juspodvm. 2021.
- FERREIRA, A. B. H. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1997, p.27-28.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 182.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEITE, A. M. P. C. **A modalização deontica no discurso jurídico**. Dissertação (mestrado) São José do Rio Preto: UNESP. Universidade Estadual Paulista, Instituto de Biociências Letras e Ciências Exatas, 2002.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2017. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1280767700/novo-curso-de-processo-civil-tutela-dos-direitos-mediante-procedimento-comum-ed-2017>. Acesso em: 20 fev. 2022.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. s.d. Online. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=45Kp>. Acesso em 14 de Fev. de 2022

REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 236).

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. Editora Saraiva, 1983. p. 16.

TJ-SP. APL: 00578635320068260114 SP 0057863-53.2006.8.26.0114, Relator: Luis Mario Galbetti, Data de Julgamento: 01/12/2014, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2014).

TJ-PR. AC: 6877883 PR 0687788-3, Relator: Miguel Kfourri Neto, Data de Julgamento: 02/08/2010, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 456).

TJ-MG.AI: 10481060647114001 MG, Relator: Otávio Portes, Data de Julgamento: 20/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/03/2013).

VESCHI, Benjamin. **Etimologia de Dever. 2020**. Disponível em: <https://etimologia.com.br/dever/>. Acesso em: 14 fev. 2022.





# DIRETORIA EXECUTIVA



**Raul Canal**

Presidente



**Rodrigo Canal**

Vice-presidente



**Luis Flávio Carvalhais**

Vice-presidente de  
Segurança do Paciente  
e Riscos Assistenciais



**Walduy Fernandes**

Diretor Jurídico



**Ione Medeiros**

Diretora Financeira



**Alexandre Lemos**

Diretor Comercial



**Paloma Furtado**

Diretora  
Administrativa



**José Ramalho**

Diretor de Gestão e  
Planejamento Estratégico



**José Lira**

Diretor de Compliance  
e Presidente do  
Conselho Fiscal



**Andrew Simek**

Diretor de  
Comunicação



**José Mauro**

Diretor de  
Projetos Especiais



**Luis Vargas**

Diretor Comercial  
do Cirurgia Segura



**Daniela Franco Bueno**

Diretora de Estudos  
e Pesquisas da Universidade  
Corporativa Anadem - UCA

**ANADEM**  
SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOTÉCNICA

**UCA**  
Universidade Corporativa Anadem

**Central de Atendimento 24 horas: 0800-61-3333**

SHS Quadra 02 - Bloco J - Sala 103 - CEP 70322-901 - Mezanino - Brasília (DF)

[www.anadem.org.br](http://www.anadem.org.br)

 @anademoficial

 /anademoficial