

REVISTA DE

# DIREITO

MÉDICO E DA SAÚDE

nº22

Doutrina  
Legislação  
Jurisprudência



**ANADEM**

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA



REVISTA DE  
**DIREITO**  
**MÉDICO E DA SAÚDE**  
nº 22

**Conselho Editorial**

**Coordenador**

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas

**Membros**

André Gonçalo Dias Pereira

André Luís Alves Nigre

Camila Vasconcelos

Eduardo Dantas

Gustavo Borges

Igor Mascarenhas

Lívia Callegari

Luciana Dadalto

Marianna Chaves

Miguel Kfourri Neto

Nelson Rosenvald

Oswaldo Simonelli

Rafaella Nogaroli

Rosa Amélia Andrade Dantas

**Colaboradores desta edição**

Alina da Cunha El Jundi

Ana Beatriz Mayumi Akiyama

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Carlos Alberto Kastein Barcellos

Carlos Victor Silva Paixão

Eduardo Dantas

Érlon de Faria Pilati

Giovana Palmieri Buonicore

Hilton Vicente Porto Ribeiro

Igor de Lucena Mascarenhas

Isadora Cé Pagliari

Julia Luéli Franco Vogel

Luciana Dadalto

Marcelo Coutinho Dias Ferreira Filho

Priscilla Mara Fillus

Sami A. R. J. El Jundi

Vanessa Jéssica Mansur Silva

Victória de Melo Florentino dos Santos



# Palavra do Presidente

Por uma dessas felizes coincidências numerológicas, estamos lançando a 22ª edição da Revista de Direito Médico e da Saúde justamente durante as comemorações de nosso 22º aniversário da criação da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Costumo dizer que não há coincidências, mas, sim “Deiscidências”.

A grande novidade, nesses festejos dos 22 anos da ANADEM e dos 10 anos da RDMS, é que, a partir da atual edição, além da APEDIMES, passamos a contar com uma aliança científica e o apoio institucional da *Asociación Latinoamericana de Derecho Medico* (ASOLADEME) e da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS), consolidando e legitimando, dessa forma, a autoridade doutrinária e científica de nossa Revista.

Em um ano conturbado e atípico, que certamente marcará nossas histórias, o Direito Médico e da Saúde mostrou ainda mais a sua importância nas relações humanas, notadamente pela discussão em torno da relativização da vontade face às políticas de imunização, com a adoção de condutas antiepidemiológicas e cerceamento de várias liberdades individuais, inclusive o direito constitucional de ir, vir e ficar.

Os articulistas da presente edição foram felizes ao abordarem assuntos inéditos com muita propriedade e ao visitarem assuntos já discutidos, mas com ineditismo de argumentos.

Uma boa leitura e profundas reflexões aos nossos qualificados leitores.

Brasília, dezembro de 2020.



Raul Canal

**Presidente da Anadem**



# ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA



## REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

Publicação semestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos do Direito Médico e da Saúde. Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem o consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Distribuída em todo o território nacional.

Coordenador do Conselho Editorial **EDUARDO DANTAS** editor-chefe **ANDREW SIMEK** (DRT 10484/DF) revisão **ANDREW SIMEK, CLAUDIA SOUZA, BRUNA COSTA, ISABELLA QUEIROZ e ANA BEATRIZ COSTA** (DRT 12871/DF) diagramação **ANGELO GABRIEL** coordenação de projeto gráfico e diagramação **VEM MAIS EDITORAÇÃO LTDA.** impressão **GRÁFICA POSITIVA** tiragem **3 MIL EXEMPLARES** contato [revistadedireitomedico@anadem.org.br](mailto:revistadedireitomedico@anadem.org.br).

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE: doutrina, legislação, jurisprudência.  
Brasília : VEM MAIS EDITORAÇÃO, n. 22. dez. 2020. 188p.

ISSN 1983-411XE

1. IMPACTOS DOS CUIDADOS PALIATIVOS SOBRE A AUTONOMIA DOS PACIENTES QUE OPTAM PELA MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CANADENSE. 2. O USO INDEVIDO DA INTERDIÇÃO CAUTELAR MÉDICA COMO MECANISMO DE ANTECIPAÇÃO DE PENA ÉTICA EM CASOS DE PUBLICIDADE E SUA IMPROPRIEDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19. 3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS TRANSPLANTES DE ÚTERO. 4. A APLICAÇÃO DO CDC EM ATENDIMENTOS MÉDICOS REALIZADOS POR MEIO DO SUS: A (IM)POSSIBILIDADE DE SER PACIENTE-CLIENTE NESTES CASOS. 5. PERFIL DO PACIENTE QUE LITIGA CONTRA O CIRURGIÃO PLÁSTICO NO BRASIL. 6. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DANO AO PROJETO DE MORTE DO PACIENTE. 7. O CONSENTIMENTO HIPOTÉTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. 8. PENA DE CASSAÇÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL E A “ABOLITIO CRIMINIS” NO DIREITO MÉDICO. 9. ASPECTOS JURÍDICOS DO USO DO CANABIDIOL (CBD) PARA FINS TERAPÊUTICOS NO BRASIL.



# Editorial

Chegamos ao volume 22 da Revista de Direito Médico e da Saúde, completando a primeira década de sua existência, com a certeza de termos aqui a energia e nossos propósitos renovados, no sentido de oferecer a melhor e mais atualizada doutrina em Direito Médico e da Saúde, servindo de espaço e veículo para difundir o conhecimento neste ramo do Direito, que se mostra cada vez mais importante e imprescindível para dirimir conflitos, apontando caminhos e soluções para o diálogo com as ciências da saúde.


Esta edição conta com nove artigos doutrinários e a colaboração de autores das mais variadas regiões do País, permitindo uma visão baseada não apenas em estudos, mas em suas experiências profissionais e acadêmicas, em temas tão distintos quanto importantes, que perpassam a autonomia dos pacientes em fim de vida; interdição cautelar da atividade médica; transplantes de útero e suas consequências jurídicas; a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos atendimentos realizados por meio do Sistema Único de Saúde (SUS); uma análise do perfil do paciente que litiga contra cirurgias plásticas no Brasil; responsabilidade civil do médico pela implementação de condutas contrárias à vontade do paciente; consentimento hipotético, a pena de cassação do registro profissional sob a ótica do direito penal; e os aspectos jurídicos do uso do canabidiol para fins terapêuticos.

Não fosse suficiente, passamos a ser também veículo oficial de informações da ALDIS (Associação Lusófona de Direito da Saúde), agregando ao nosso corpo de colaboradores profissionais, professores e doutrinadores de todos os países que adotam a língua portuguesa, em um esforço para termos aqui, também, o melhor do direito comparado, nos permitindo aprender com a experiência de outras realidades e sistemas jurídicos.

Que possamos estar sempre em constante evolução, e que esta nova edição que agora lhe chega às mãos seja mais um marco nesta jornada.

Uma boa leitura a todos.

Brasília, dezembro de 2020.



Eduardo Dantas

**Coordenador do Conselho Editorial**



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

Presidente **RAUL CANAL**

Vice-presidente **RODRIGO CANAL** vice-presidente de segurança do paciente e riscos assistenciais **LUIS FLÁVIO CARVALHAIS** diretor jurídico **WALDUY FERNANDES** vice-diretoras jurídicas e conselheiras fiscais **ERICA LIRA** e **YUKARY NAGATANI** diretora financeira **IONE MEDEIROS** diretor comercial **ALEXANDRE LEMOS** vice-diretora comercial **VIVIANE SAMPAIO** diretora administrativa **PALOMA FURTADO** vice-diretora administrativa **JESSICKA MARQUES** diretor científico **FRANCISCO ROSSI** vice-diretor científico **DJALMA BAHIA** diretor de gestão e planejamento estratégico **JOSÉ RAMALHO** diretor de *compliance* e conselheiro fiscal **JOSÉ LIRA** diretor de comunicação **ANDREW SIMEK** diretor comercial do Cirurgia Segura **LUIS VARGAS**.

# Sumário

## Doutrinas

1. Impactos dos cuidados paliativos sobre a autonomia dos pacientes que optam pela morte medicamente assistida: uma análise a partir da experiência canadense  
*Luciana Dadalto & Ana Beatriz Mayumi Akiyama* ..... 13
2. O uso indevido da interdição cautelar médica como mecanismo de antecipação de pena ética em casos de publicidade e sua impropriedade em tempos de pandemia da covid-19  
*Igor de Lucena Mascarenhas, Eduardo Dantas & Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa* ..... 29
3. Breves considerações acerca dos transplantes de útero  
*Giovana Palmieri Buonicore & Isadora Cé Pagliari* ..... 43
4. A aplicação do CDC em atendimentos médicos realizados por meio do SUS: a (im)possibilidade de ser paciente-cliente nestes casos  
*Érlon de Faria Pilati & Julia Luéli Franco Vogel* ..... 61
5. Perfil do paciente que litiga contra o cirurgião plástico no Brasil  
*Alina da Cunha El Jundi & Sami A. R. J. El Jundi* ..... 73
6. A responsabilidade civil do médico pelo dano ao projeto de morte do paciente  
*Carlos Alberto Kastein Barcellos* ..... 103
7. O consentimento hipotético na relação médico-paciente  
*Carlos Victor Silva Paixão & Hilton Vicente Porto Ribeiro* ..... 127
8. Pena de cassação do registro profissional e a “*abolitio criminis*” no direito médico  
*Marcelo Coutinho Dias Ferreira Filho & Vanessa Jéssica Mansur Silva* ..... 149
9. Aspectos jurídicos do uso do canabidiol (CBD) para fins terapêuticos no Brasil  
*Priscilla Mara Fillus & Victória de Melo Florentino dos Santos* ..... 169



## IMPACTOS DOS CUIDADOS PALIATIVOS SOBRE A AUTONOMIA DOS PACIENTES QUE OPTAM PELA MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CANADENSE

IMPACTS OF PALLIATIVE CARE ON THE AUTONOMY OF PATIENTS WHO CHOOSE A MEDICAL ASSISTANCE IN DYING: AN ANALYSIS FROM THE CANADIAN EXPERIENCE

Luciana Dadalto<sup>1</sup>

Ana Beatriz Mayumi Akiyama<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Das reflexões sobre o fim de vida. 3. Dos cuidados paliativos. 3.1. Da autonomia. 3.2. Das hipóteses de morte com intervenção médica. 4. Lições a partir da experiência canadense. 4.1. Confluências entre os cuidados paliativos e a morte medicamente assistida. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo analisa, a partir de um estudo canadense, a relação de causalidade entre a oferta dos cuidados paliativos e os pedidos de morte medicamente assistida. Segundo o marco teórico adotado, mesmo os pacientes atendidos por uma abordagem paliativa, relatavam o padecimento por dores, sugerindo que os cuidados paliativos, ainda que impecáveis, não têm o condão de tirar por completo o sofrimento de alguns pacientes. Assim, por meio do método dedutivo, amparado por revisão bibliográfica de literatura nacional e estrangeira, além de minuciosa análise de legislação, constatou-se que os cuidados paliativos e a morte medicamente assistida devem ser tidos como complementares para a efetivação do direito individual à morte digna e pela necessidade de refinamento da redação da lei canadense.

**Palavras-chave:** Autonomia no fim de vida. Bioética principialista. Cuidados paliativos. Morte e processo de morrer. Morte medicamente assistida.

**Abstract:** This article analyzes, from a Canadian study, the causal relationship between the offer of palliative care and requests for medical assistance in dying. According to the theoretical framework adopted, even patients treated by a palliative approach, reported

1. Doutora em Ciências da Saúde pela faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC Minas). Professora da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (Newton). Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética (GEPBio) do (Newton).

2. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Participante do projeto de pesquisa "Negócios Biojurídicos: as Tecnologias e o Direito Civil" pela UEL.

suffering from pain, suggesting that palliative care, although impeccable, doesn't have the ability to completely remove some patient's suffering. Thus, through the deductive method, supported by bibliographic review of national and foreign literature, in addition to thorough analysis of legislation, it was found that palliative care and medical assistance in dying must be seen as complementary for the realization of the individual's right of a dignified death and the need for improving the text of the Canadian law.

**Keywords:** Autonomy at the end of life. Principlalist bioethics. Palliative care. Death and dying process. Medical assistance in dying.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das principais críticas relacionadas à legalização da eutanásia e do suicídio medicamente assistido nos países que não possuem uma cobertura ampla e efetiva dos cuidados paliativos, é que esses podem configurar como uma política de saúde pública simplista, já que pacientes vulneráveis acometidos por dores não tratadas podem ser influenciados a buscarem tal opção mais drástica com o intuito de acabar com o seu sofrimento.

Ocorre que uma pesquisa retrospectiva feita no Canadá, país que legalizou a morte medicamente assistida em 2016, demonstrou que essa crítica não é real. Segundo esse estudo, grande parte dos pacientes que recorreu à eutanásia e ao suicídio assistido estava recebendo a assistência dos cuidados paliativos à época de seu requerimento e a maioria dos solicitantes, mesmo usufruindo de uma abordagem paliativa, ainda relataram o padecimento por dores físicas e emocionais.

A partir de tais resultados, o presente trabalho busca compreender, sob a ótica da Bioética, do Direito e da Filosofia, quais são os impactos que os cuidados paliativos podem ter sobre a autonomia de fim de vida do paciente, além de analisar como se dá a relação entre os cuidados paliativos e a morte medicamente assistida. Para tanto, será utilizado o método dedutivo amparado por revisão bibliográfica e análise de legislação, norteando-se, sobretudo, nos trabalhos de Epicuro (2002); Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Marte (2010); e Rodrigo Siqueira-Batista e Fermin Roland Schramm (2004).

Primeiramente, serão realizadas reflexões voltadas para o fim de vida, com o objetivo de diferenciar a morte do processo de morrer. Em seguida, o conceito de dor total será explorado, a fim de que se evidencie o papel dos cuidados paliativos no tratamento e como a atuação desses pode influir na autonomia de fim de vida do paciente incurável. Outrossim, buscar-se-á diferenciar os cuidados paliativos das hipóteses de morte com intervenção médica para que, ao final, sejam examinados o contexto e a legislação canadense, em cotejo com os demais países em que tais procedimentos também foram autorizados.

## 2. DAS REFLEXÕES SOBRE O FIM DE VIDA

Intrínseca à experiência humana, a morte é uma certeza que acompanha o indivíduo durante toda sua vida. Apesar de inevitável e universal, ainda é encarada pela maior parte das civilizações ocidentais como um tabu, evitando-se pensar e debater acerca dela.<sup>3</sup> Assim, a partir do pensamento de Epicuro, pretende-se instigar breves reflexões acerca do tema, de sorte que a discussão possa auxiliar no seu processo de desestigmatização.

Na “Carta sobre a felicidade (a Meneceu)”, o filósofo hedonista Epicuro de Samos debate acerca dos mais variados assuntos, que versam desde o estudo da filosofia, destino e crença, até ponderações acerca da morte. Em relação a essa última, assevera que, partindo do pressuposto de que o bem e o mal estão nas sensações, a morte não deve ser temida, pois representa a ausência daquelas e, por consequência, não significará nada para o indivíduo quando a alcançar.<sup>4</sup>

Então, o mais terrível de todos os males, a morte, não significa nada para nós, justamente porque, quando estamos vivos, é a morte que não está presente; ao contrário, quando a morte está presente, nós é que não estamos. [...] E, no entanto, a maioria das pessoas ora foge da morte como se fosse o maior dos males, ora a deseja como descanso dos males da vida.<sup>5</sup>

E expõe que, a partir do momento em que o indivíduo deixa de temer a morte, aceitando o decurso natural de sua vida, pode, então, desfrutar de maneira mais prazerosa dos seus dias, pois deixa de perseguir a quimera da imortalidade e buscar um sentido para sua existência.<sup>6</sup>

Saliente-se, contudo, que, ao adotar o entendimento de que a morte nada significa, não se retira o valor e a magnitude dessa para a espécie humana, por ser uma experiência comum que une a todos. Mas apenas compreende a necessidade de que, enquanto parte inexorável do destino, o homem não se deixe atordoar em tentativas vãs de se esgueirar da mesma, demonstrando, portanto, ser mais frutífero voltar seus esforços para o momento em que existe e o é, enquanto a sua consciência de finitude o acompanha.

Não obstante, observa-se que a ojeriza da morte pode ser acompanhada do medo do processo de morrer, o qual, diferentemente daquela, geralmente é repleto de sensações e dores que não se circunscrevem tão somente ao aspecto físico do paciente, podendo envolver outras facetas, como o sofrimento espiritual.<sup>7</sup>

3. SIQUEIRA-BATISTA, R.; SCHRAMM, F. R. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2G0A8TW>>. Acesso em: 14 maio 2020.

4. EPICURO. *Carta sobre a felicidade (a Meneceu)*. Tradução: Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

5. *Ibid.*, p. 29.

6. *Ibid.*, p. 27.

7. SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2004, p. 32.

[...] A supressão do bem maior da vida, tanto de forma insidiosa, quanto de forma abrupta, possibilita a adoção de uma postura reflexiva, com revisão de conceitos e paradigmas por aqueles que experimentam a proximidade da morte – quer familiares, quer profissionais. Na esteira dos problemas evocados pelo pensamento está a questão do processo de morrer, completamente imbricado em aspectos como sofrimento e qualidade (ou precariedade) de vida.<sup>8</sup>

Assim, a consciência de que o fim da vida está próximo, muitas vezes associado ao enfrentamento de uma doença grave, pode constituir um processo solitário, melancólico e de extrema angústia para o paciente. Este, além de todas as consternações de ordem física, espiritual e emocional, pode se sentir em segundo plano quando a equipe médica volta totalmente o seu olhar para a doença, desconsiderando a pessoa que ali está enfrentando todos os efeitos colaterais da enfermidade e do tratamento.<sup>9</sup>

Contudo, como reação a esse cenário e com o intuito de tornar mais suportável e humano o processo de morrer, surgem os cuidados paliativos, os quais serão explorados a seguir.

### 3. DOS CUIDADOS PALIATIVOS

A partir de uma perspectiva multidisciplinar, que contempla o indivíduo em toda a sua complexidade, tem-se os cuidados paliativos, que buscam auxiliar o paciente no enfrentamento de uma enfermidade incurável, de forma a resguardar sua dignidade.

Cicely Saunders, com o intuito de descrever todas as dimensões de dores que podem acometer um enfermo sem perspectiva de cura e esclarecer que não basta apenas tratar a dor física para aliviar todo o sofrimento que orbita o paciente, cunhou o conceito de “dor total”, defendendo que, para além da dor física, sejam amparadas as dores emocionais, espirituais e sociais,<sup>10</sup> para que, de fato, seja possível lhe promover alívio.<sup>11</sup>

Sem embargo, apesar de todas as referidas dimensões demandarem o mesmo nível de atenção, muitas vezes acabam sendo negligenciadas pela equipe médica, que cuida da doença, mas não do indivíduo em si. Tal fato pode resultar em uma visão limitada sobre o quadro clínico do paciente, de forma a diminuir a eficiência dos esforços despendidos pelos profissionais da área da saúde para reduzir seu sofrimento.<sup>12</sup>

8. *Ibid.*, p. 32.

9. SIQUEIRA, J. E. Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida. *Bioética*, Brasília, Distrito Federal, v. 13, n. 2, p. 37-50, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/347Cect>>. Acesso em: 14 maio 2020. p. 43-44.

10. SAUNDERS, Cicely. Into the valley of the shadow of death: a personal therapeutic journey. *British Medical Journal*, n. 313, 1996, p. 1559-1601.

11. SAPETA, P. Dor total vs sofrimento: a interface com os Cuidados Paliativos. *Dor*, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 16-21, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/36ibjNQ>>. p. 16-17.

12. MEHTA, A.; CHAN, L. S. Understanding of the concept of “total pain”: a prerequisite for pain control. *Journal of Hospice and Palliative Nursing*, Pittsburgh, v. 10, n. 1, p. 26-32, jan./fev. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/341Jlxu>>. Acesso em: 14 maio 2020.



Portanto, “a dor provocada pelos elementos físicos, emocionais, sociais e espirituais podem contribuir para a experiência que o paciente terá com a dor. Sem que haja um tratamento integral e minucioso sobre tais dimensões, não é possível obter um quadro completo da sua situação”.<sup>13</sup>

Assim, os cuidados paliativos ao contemplarem o indivíduo de forma holística, pretendem oferecer mecanismos para que a “dor total” seja erradicada, por meio do tratamento dos componentes dessa. A Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma que essa abordagem se estende para além do enfermo, englobando também sua família, com a finalidade de garantir a essa uma melhor qualidade de vida, enquanto o paciente enfrenta uma doença incurável, que lhe traz um risco considerável de vir a óbito.<sup>14</sup>

No mesmo sentido, a *International Association for Hospice & Palliative Care* (IAHPC) aduz que:

os Cuidados Paliativos são cuidados holísticos ativos, ofertados a pessoas de todas as idades que se encontram em intenso sofrimento relacionados [sic] à sua saúde, proveniente de doença grave, especialmente aquelas que estão no final da vida. O objetivo dos Cuidados Paliativos é, portanto, melhorar a qualidade de vida dos pacientes, de suas famílias e de seus cuidadores.<sup>15</sup>

Importante notar que tal abordagem controla ativamente os sintomas do paciente, não intervindo no processo de morte do indivíduo. Ou seja, não provoca, acelera ou retarda a morte, mas, sim, aceita e respeita o seu tempo natural, enquanto procura garantir um fim de vida mais autônomo e digno possível.<sup>16</sup>

Destarte, são perceptíveis indícios de como os princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana se entrelaçam com as finalidades dos cuidados paliativos, assim sendo, sob a perspectiva bioética, tais temas serão trabalhados na seção seguinte.

### 3.1. Da autonomia

Durante a década de 1960, o mundo observou diversos avanços científicos e tecnológicos voltados para as ciências da saúde, muitos dos quais visavam aumentar a qualidade e o tempo de vida das pessoas. Todavia, apesar de tais ideais, esses nem sempre apresentavam repercussões

13. Ibid., p. 31. Originalmente: “The pain caused by physical, psychological, social, and spiritual causes may contribute to the patient’s pain experience. Without a complete and thorough assessment of these dimensions, an accurate picture of the patient’s situation cannot be obtained” (tradução nossa).

14. WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Palliative Care: key facts. WHO, Geneva, fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3cE1Stl>> Acesso em: 12 maio 2020. n.p.

15. IAHPC – INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR HOSPICE & PALLIATIVE CARE. Palliative Care definition. Tradução por Cristiane Terz, Danielle Soler, Fernando Kawai, Helloisa Brogiatto, João Batista Garcia, Luciana Messa e Morgana Matos. Hospicecare, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3icRglC>>. Acesso em: 24 maio 2020. Originalmente: “Palliative care is the active holistic care of individuals across all ages with serious health-related suffering due to severe illness, and especially of those near the end of life. It aims to improve the quality of life of patients, their families and their caregivers”.

16. MEYSTRE, C.; HUSSEIN, R. Fundamentals of palliative and end of life care. In: KINGSNORTH, A. N.; BOWLEY, D. M. (Eds.). **Fundamentals of Surgical Practice: A Preparation Guide for the Intercollegiate MRCS Examination**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 103-126. DOI: 10.1017/CBO9780511984785.008. p. 104.

positivas para a sociedade, haja vista a precariedade da forma com que os estudos eram conduzidos, em que direitos e garantias fundamentais dos participantes lhes eram tolhidos.<sup>17</sup>

Como resposta, era necessária uma ética pragmática que voltasse suas investigações para a análise dos conflitos morais decorrentes das novas biotecnologias. Assim, surge a Bioética, com o intuito de estabelecer diretrizes gerais para que as pesquisas fossem realizadas, apresentando alternativas para eventuais impasses éticos relacionados a elas.<sup>18</sup>

Eleita como um dos seus princípios basilares, a autonomia foi tratada, pela primeira vez, no “Relatório de Belmont”,<sup>19</sup> o qual, em conjunto com a obra “*Principles of Bioethics*”, de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, proporcionou à sociedade o primeiro vislumbre do que se tornaria a perspectiva principialista da Bioética, que, embasada em consensos universais mínimos, estabeleceu preceitos norteadores para as condutas dos pesquisadores. Posteriormente, a aplicação de tais referenciais também foi expandida para a prática clínica, abrangendo a relação médico-paciente.<sup>20</sup>

No contexto biomédico, o princípio da autonomia possui especial importância, já que corresponde à liberdade que o paciente tem de optar pela realização ou não de intervenções médicas em seu corpo e mente. Portanto, representa o reconhecimento de que o paciente, quando capaz e devidamente informado, é quem sabe o que é melhor para sua vida.<sup>21</sup>

De tal forma, sopesando seus valores, expectativas e planos de vida, em conjunto com as informações sobre o tratamento, riscos, benefícios, terapias alternativas e objetivos, o sujeito exerce sua autonomia, a qual deve ser respeitada pelo médico, mesmo que sua escolha, sob o ponto de vista técnico, não seja a “melhor” para aquele.<sup>22</sup>

Segundo Siqueira (2005),

[...] não reconhecer o direito de o enfermo recusar autonomamente uma proposta terapêutica ou diagnóstica é atitude inaceitável do ponto de vista ético. Como justificar moralmente a imposição de valores, mesmo que na busca do maior benefício ao paciente, se o protagonista da ação terapêutica assim não o deseja? O enfermo, quando competente, tem o direito de exercer plenamente sua autonomia em tomar decisões sobre seu próprio corpo, mesmo ante propostas médicas baseadas em evidências científicas.<sup>23</sup>

17. TROCA, S. F. A interpretação dos negócios biojurídicos à luz dos referenciais bioéticos: uma análise crítica. In: ESPOLADOR, R. C. R. T.; PAIANO, D. B. (Orgs.). **Questões atuais dos negócios biojurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2019. p. 121-148. p. 129.

18. *Ibid.*, p. 128-130.

19. Em decorrência dos constantes avanços biotecnológicos e da preocupação com a integridade dos participantes de pesquisas científicas, a *National Commission for The Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (RYAN *et al.*, 1979, p. 4-6) produziu o “Relatório de Belmont”, firmando três princípios que deveriam nortear a ação dos pesquisadores quando conflitos éticos surgissem, quer sejam os princípios da beneficência (que posteriormente originaria o princípio da não-maleficência), autonomia e justiça. Em apertada síntese, o princípio da beneficência representa o dever que o médico tem de buscar sempre o melhor para o paciente, sendo complementado pelo princípio da não-maleficência, em que não basta apenas não causar o mal, devendo também maximizar os benefícios que um tratamento pode trazer. Além do princípio da justiça que, sob a perspectiva distributiva, visa a divisão, entre os pacientes, de riscos e benefícios de forma imparcial, sendo posteriormente ampliado para um olhar equitativo, de forma a buscar o acesso universal às novas biotecnologias (ROBERTO, 2005, p. 156-159; TROCA, 2019, p. 143-144).

20. TROCA, 2019, p. 130-131.

21. ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 129-130.

22. ROBERTO, *op. cit.*

23. SIQUEIRA, 2005, p. 44-45.

Tal entendimento se coaduna com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, a qual enuncia, em seu artigo 5º, que “a autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada”, complementado pelo parágrafo 2º, do artigo 3º, em que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”.<sup>24</sup>

Mais especificamente, no contexto de fim de vida, as consequências da transgressão do princípio da autonomia adquirem tons mais graves, já que, se até então sua dignidade foi preservada e tutelada pelo ordenamento jurídico, caso não sejam respeitadas suas escolhas quanto à forma que deseja conduzir seus últimos dias, aquela corre risco de ser violada.<sup>25</sup> Consta-se, ainda, que, além dos referidos princípios, também está em jogo a própria biografia do sujeito, escrita pelos seus dias vividos até ao momento, com base nos valores e crenças que lhe orientaram.<sup>26</sup>

Logo, se o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>27</sup> visa a impedir a instrumentalização do sujeito, ao exprimir que esse deve ser encarado como um fim em si mesmo, indaga-se de que maneira poderia ser diferente com as escolhas que dizem respeito à sua existência.<sup>28</sup>

Destarte, acredita-se que, a dignidade também deve alcançar o momento de morte, que nada mais é do que o derradeiro ato de vida. Assim, deve o indivíduo poder decidir como ocorrerá tal processo, por meio do exercício de sua autonomia e em conformidade com as normas éticas, bioéticas e jurídicas existentes, seja postergando a morte pelo máximo de tempo possível com o emprego das técnicas e biotecnologias disponíveis, seja aceitando o óbito em seu tempo natural ou ainda acelerando-a.

### 3.2. Das hipóteses de morte com intervenção médica

As hipóteses de morte com intervenção médica compreendem a distanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Ao explorar tais categorias, pretende-se colaborar para um maior rigor técnico no emprego de tais termos, além de acentuar como os cuidados paliativos se diferem dessas.

24. UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA DIVISÃO DE ÉTICA DAS CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS SECTOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Portugal: UNESCO, 19 out. 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/33adXTM>>. Acesso em: 12 maio 2020. p. 6-7.

25. BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2S8B9eZ>>. Acesso em: 12 maio 2020. p. 251.

26. AMARAL, A. C. Z. M.; RODRIGUES, R. C. O direito à morte digna e a inviolabilidade do direito à vida: a possibilidade de uma leitura constitucional. In: ESPOLADOR, R. C. R. T.; PAIANO, D. B. (Orgs.). **Questões atuais dos negócios biojurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2019. p. 149-164. p. 158-159.

27. No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está positivado em sua Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, sendo elencado como um dos fundamentos da República, o que significa que sua força normativa se estende para além da Carta Magna, irradiando-se também sobre toda a legislação brasileira (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 250).

28. BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 250-251.

A distanásia é caracterizada quando o profissional de saúde, com o intuito de postergar a morte do paciente acometido por doença grave e irreversível, emprega todos os meios disponíveis para tanto, mesmo que gere sofrimentos desproporcionais aos benefícios que podem advir do tratamento, que poderiam ser evitados, considerando a proximidade e inevitabilidade de sua morte.<sup>29</sup>

Enquanto, na eutanásia, a morte do paciente, que padece por uma doença incurável e terminal, é provocada ou acelerada pelo médico que, necessariamente, para aqui se enquadrar, deve agir sob um *animus* benevolente<sup>30</sup> para com aquele, objetivando o alívio de seus sofrimentos,<sup>31</sup> no suicídio assistido, a própria pessoa retira sua vida, contando com o auxílio de um terceiro, o qual, *exempli gratia*, pode participar fornecendo meios ou informações que possibilitem que o agente atinja o fim pretendido. Possuindo, como espécie, o suicídio medicamente assistido, um profissional da área da saúde no posto de terceiro ajudante.<sup>32</sup>

Isto posto, restam claras as diferenças entre tais hipóteses de morte com intervenção médica, as quais influenciam no óbito do paciente, quer seja o postergando ou provocando, em relação aos cuidados paliativos, os quais não interferem no seu falecimento, mas buscam facilitar e promover a qualidade de vida deste, enquanto enfrenta o processo de morte.

#### 4. LIÇÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA CANADENSE

A segunda edição do Atlas Mundial de Cuidados Paliativos<sup>33</sup> publicada pela *Worldwide Hospice Palliative Care Alliance* (WHPCA) em parceria com a Organização Mundial de Saúde (OMS) apresentou o Canadá como um dos países do mundo com melhor integração desses cuidados.

Em 2016, após as alterações promovidas pela “*Bill C-14*” no Código Penal canadense, a morte medicamente assistida (*Medical Assistance in Dying*) passou a ser permitida em seu território nacional. Por meio desse gênero, os procedimentos da eutanásia e do suicídio medicamente assistido foram legalizados.

A eutanásia é descrita, na referida lei, como a prática em que o médico ou enfermeiro injeta ou administra a substância que provoca a morte do paciente, enquanto o suicídio medicamente assistido ocorre quando os profissionais providenciam ou prescrevem um

29. BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 239.

30. Apesar da intenção do profissional dever ser benevolente, é importante ressaltar que nem sempre corresponderá à vontade do destinatário. No sentido de que, o agente pode provocar a morte do enfermo considerando piedosa sua atitude, mas estar contrariando seu desejo de continuar vivo. Assim, demonstra-se, novamente, a imprescindibilidade do respeito à autonomia do paciente.

31. BARROSO; MARTEL, 2010, p. 238.

32. *Ibid.*, p. 241-242.

33. WORLDWIDE HOSPICE PALLIATIVE CARE ALLIANCE. *Global Atlas of Palliative Care*. Disponível em: <<https://bit.ly/2HqDvUa>> . Acesso em: 21 out. 2020.

medicamento que a pessoa administra em si mesma. Sendo relevante notar que, em ambos os casos, é imprescindível a presença do médico ou enfermeiro.<sup>34</sup>

Assim, os médicos e enfermeiros foram legitimados para providenciar de forma direta a morte medicamente assistida, sendo que qualquer pessoa pode indiretamente auxiliar o paciente, englobando, a título de exemplo, farmacêuticos e familiares.<sup>35</sup> No que tange ao local e à forma com que os procedimentos serão realizados, o texto legal deixou em aberto para que decidissem as províncias, territórios e organizações relacionadas à atividade médica.<sup>36</sup>

Quanto aos critérios de elegibilidade do paciente, esses devem cumprir uma série de requisitos cumulativos, que são: (a) estar apto a receber os serviços de saúde canadense;<sup>37</sup> (b) ter a idade mínima de 18 anos; (c) ter capacidade para decidir sobre aspectos que recaiam sobre sua saúde; (d) estar acometido por uma condição médica grave e incurável; (e) ter escolhido livremente; e (f) ter conferido ao médico seu consentimento informado.<sup>38,39</sup>

A partir desse contexto, o *Canadian Medical Association Journal*, publicou estudo retrospectivo intitulado “*Early experience with medical assistance in dying in Ontario, Canada: a cohort study*”, no qual foram analisados dados de 2.241 falecidos que recorreram à morte medicamente assistida, entre 2016 e 2018, em Ontário.<sup>40</sup> Em suas interpretações, a pesquisa destaca que os indivíduos, que recorreram às hipóteses de morte com intervenção médica legalizadas, possuíam condições melhores de vida e perspectivas mais favoráveis de futuro, quando comparados com os demais óbitos da província.<sup>41,42</sup>

Constata, ainda, que não seria a falta de acesso aos cuidados paliativos que motivaria o pedido de morte medicamente assistida, já que 74,4% dos falecidos estavam recebendo tal assistência à época do requerimento. Contudo, também pondera acerca da eficiência dos mesmos, levando em conta que, quando realizado o pedido de eutanásia ou suicídio medicamente assistido, em 99,5% dos casos, foram relatadas dores físicas e, em 96,4%, dores emocionais. Ao final, reitera a baixa probabilidade dos pedidos de morte medicamente assistida estarem relacionados com a dificuldade de acesso aos cuidados paliativos e que seriam necessárias novas investigações para apurar os motivos que levariam a tal requerimento.<sup>43</sup>

34. CANADÁ. **Bill C-14**: An act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying). Ottawa: 42nd Parliament, 1st session, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HFJox8>>. Acesso em: 14 maio 2020, p. 5.

35. CANADÁ, op. cit.

36. CANADÁ. Medical assistance in dying. **Canada.ca**, fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Eiw6Pb>>. Acesso em: 14 maio 2020, n. p.

37. O que, via de regra, implica que os visitantes do país não podem se submeter à Morte Medicamente Assistida (CANADÁ, 2020, n. p.).

38. Antes de aceitar a Morte Medicamente Assistida, a lei estabelece que o paciente deve conhecer outras formas de tratamento disponíveis para sua doença, as quais incluem os Cuidados Paliativos, reiterando que a qualquer momento seu consentimento pode ser retirado (CANADÁ, 2016, p. 6-7).

39. CANADÁ, 2016, p. 5-6.

40. DOWNAR, J. et al. Early experience with medical assistance in dying in Ontario, Canada: a cohort study. **Canadian Medical Association Journal**, Ottawa, v. 192, n. 8, p. 173-181, fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3jeuY4W>>. Acesso em: 12 maio 2020, p. 1.

41. De acordo com a análise promovida pelos pesquisadores, os pacientes que receberam uma Morte Medicamente Assistida eram mais jovens, tinham mais renda, eram menos prováveis de morarem em asilos futuramente e com mais chances de se casarem (DOWNAR et al., 2020, p. 176).

42. DOWNAR et al., 2020, p. 176.

43. Ibid., p. 175.

Em vista disso, com base na experiência canadense, pretende-se levantar reflexões acerca dos temas debatidos até então, com o intuito de contribuir para reflexão no tocante à autonomia no fim de vida do paciente e averiguar o papel do Estado na regulamentação das hipóteses de morte com intervenção médica, tratados adiante.

#### 4.1. Confluências entre os cuidados paliativos e a morte medicamente assistida

Balfour Mount,<sup>44</sup> considerado o pai dos cuidados paliativos no Canadá, já se manifestou contra o termo “morte medicamente assistida”, afirmando que os cuidados paliativos são, também, uma assistência médica ao morrer. Contudo, o que ele desconsidera é que o termo morte medicamente assistida não se refere ao cuidado com paciente em fim de vida, mas sim ao auxílio para que este paciente consiga abreviar sua vida. Assim, dizer que os cuidados paliativos são também uma assistência médica ao morrer parece, na verdade, uma manobra moral para perpetuar a polarização entre essas duas práticas.

Levando em consideração os resultados da pesquisa canadense, objeto do estudo aqui proposto, surgem duas indagações principais: (i) os cuidados paliativos estão sendo eficientes no Canadá?; e (ii) é prejudicial a eventual associação entre os cuidados paliativos com tais modalidades de morte com intervenção médica?

Apesar de a maior parte dos sujeitos da pesquisa ter tido acesso aos cuidados paliativos, praticamente todos relataram dores físicas e emocionais à época do procedimento. Trata-se de um resultado preocupante, haja vista que o combate a tais padecimentos, constituem um dos principais objetivos de tal abordagem. Além do que, a sua disponibilidade e usufruto não implica necessariamente em sua qualidade e eficiência. Destarte, quando a análise é voltada para o espectro jurídico, pondera-se acerca de duas alternativas, as quais não são excludentes, mas devem coexistir.

A primeira, versa sobre a técnica de redação utilizada pela própria “*Bill C-14*”. Na seção em que enumera os requisitos cumulativos para que o sujeito esteja apto a receber uma morte medicamente assistida, descreve que:

A pessoa se enquadra em uma condição clínica grave e irremediável apenas se preencher todos os critérios a seguir: [...] c) quando aquela doença, moléstia, deficiência ou quadro de piora causar para o paciente sofrimentos psicológicos ou físicos duradouros, os quais são intoleráveis para o mesmo e não podem ser aliviados em níveis aceitáveis para o paciente.<sup>45</sup>

44. PALLIATIVE CARE MCGILL. **Balfour Mount:** The father of palliative care in Canada, physician Balfour Mount on the legacy of Cicely Saunders, the start of palliative care, and the true meaning of medical aid in dying. Disponível em: <<https://bit.ly/3jjdGCX>>. Acesso em: 21 out. 2020.

45. CANADÁ, 2016, p. 6. Originalmente: “A person has a grievous and irremediable medical condition only if they meet all of the following criteria: [...] c) that illness, disease or disability or that state of decline causes them enduring physical or psychological suffering that is intolerable to them and cannot be relieved under conditions that they consider acceptable” (tradução nossa).

O problema reside na legitimidade e pertinência de a lei exigir, como critérios imprescindíveis, a presença de elementos tão subjetivos para que seja possível usufruir de tais hipóteses de morte com intervenção médica. Ora, aparenta ser muito mais algo voltado a um moralismo por parte do ente estatal, do que um requisito verdadeiramente indispensável para que o indivíduo exerça sua autonomia ao decidir se deseja continuar vivendo ou não.<sup>46</sup>

Noutro estudo publicado pelo *Journal of the American Medical Association*,<sup>47</sup> a análise legislativa quanto às hipóteses de morte com intervenção médica foi expandida para outros países em que tais procedimentos são permitidos, contemplando, além do Canadá, Bélgica, Colômbia, Holanda e Luxemburgo, nos quais a eutanásia e o suicídio assistido são legalizados; e Suíça e Estados Unidos – especificamente, os estados da Califórnia, Montana, Oregon, Vermont e Washington –, em que somente o suicídio assistido é permitido.

Nos países em que ambos os procedimentos foram autorizados – eutanásia e suicídio assistido –, é perceptível certa homogeneidade quanto ao critério de elegibilidade pois nestes que apenas pessoas que padeçam de sofrimento insuportável ou intolerável podem se beneficiar do procedimento, diferindo apenas a Colômbia. Por sua vez, nos países em que apenas o suicídio assistido foi legalizado, os requisitos são mais brandos, não sendo imprescindível tal padecimento pelo enfermo.<sup>48</sup>

Em que pese, nos estados norte-americanos do Oregon e Washington, nos quais o sofrimento do paciente não constitui requisito legal para o suicídio medicamente assistido, verifica-se que o padecimento por dores deixa de ser o principal motivo ensejador dos requerimentos, sendo as motivações predominantes a perda de autonomia e dignidade e a perda da capacidade de aproveitar a vida.<sup>49</sup>

Relevante destacar que, na maioria dos seus casos, os pacientes estavam recebendo cuidados paliativos. Em Oregon, de 1998 a 2015, em 87,2% dos casos, tal abordagem se fez presente. Enquanto em Washington, no ano de 2015, 81,3% dos requerentes do suicídio medicamente assistido também foram contemplados. Logo, os cuidados paliativos demonstraram-se eficientes no controle dos sintomas e alívio dos sofrimentos.<sup>50</sup>

Assim, apesar de a maioria dos países em que tais procedimentos são permitidos exigirem o sofrimento do paciente para que esse possa usufruir de uma morte com intervenção médica, acredita-se que tal requerimento pode constituir um empecilho

46. AMARAL; RODRIGUES, 2019, p. 156.

47. EMANUEL, E. J. *et al.* Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe. *Journal of the American Medical Association*, Chicago, v. 316, n. 1, p. 79-90, jul. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3jdr8cr>>. Acesso em: 16 maio 2020.

48. *Ibid.*, p. 82.

49. *Ibid.*, p. 83-84.

50. *Ibid.*, p. 86.

para que o enfermo tenha acesso à uma morte tida como digna para si.<sup>51</sup> Interpreta-se que tal critério não se demonstra cabível em um texto normativo, haja vista que pode obstaculizar o exercício da autonomia do indivíduo, não havendo uma justificativa clara para sua imposição.

Todavia, ainda no cenário canadense, perdura o problema da redação do texto legal, que pode ter se desdobrado nos resultados da pesquisa realizada por Downar *et al.*<sup>52</sup> O ponto é que, como os dados analisados foram coletados de bases oficiais do governo e a presença de sofrimentos físicos e/ou emocionais são considerados condições indispensáveis para a elegibilidade aos serviços da morte medicamente assistida, não há como se descartar a possibilidade dos pacientes terem alegado padecerem dos mesmos para terem acesso às hipóteses de morte com intervenção médica legalizadas. Logo, questionar a eficiência dos cuidados paliativos, com fundamentos nesses dados, demonstra-se temeroso.

Independentemente de tal possibilidade, para melhorar a eficiência dos cuidados paliativos e com o fito de ampliar o acesso da população a esses, estabelecendo também um padrão de qualidade, reputa-se que a ampliação de políticas públicas e de investimentos voltados para essa área são necessários. Tal ampliação é tida, pela *IAHPC (International Association For Hospice & Palliative Care)* como essencial antes de que se cogite legalizar a eutanásia e o suicídio medicamente assistido,<sup>53</sup> pois o paciente pode ser influenciado a buscar tais formas de abreviar sua vida, caso esteja acometido por dores insuportáveis, que não estejam sendo tratadas.<sup>54</sup>

O que conduz à última indagação acerca das implicações da aproximação dos cuidados paliativos com a eutanásia e o suicídio medicamente assistido. Apesar de ser ponto controverso, o questionamento se essas condutas deveriam ser praticadas pela mesma equipe ou no mesmo local,<sup>55</sup> acredita-se que tal aproximação tem o condão de apresentar resultados positivos para o enfermo. Isso porque, considerando os objetivos dos cuidados paliativos, confia-se que esses podem vir a resguardar e ampliar a autonomia do sujeito, que não mais optará pela antecipação de sua morte sob influência de alguma dor negligenciada, mas o fará mesmo recebendo um tratamento que abarca todas as suas dimensões de sofrimento, com vistas a proporcionar uma decisão livre de coerções, em um verdadeiro exercício de autonomia individual.

51. Elucida Luciana Dadalto (2019, p. 9) que a "morte digna deve ser entendida como a possibilidade que o indivíduo portador de uma doença ameaçadora da vida tem de escolher como deseja morrer. Não se trata, a princípio, de legitimar o desejo de morrer, mas de reconhecer que, em estados clínicos em que a irreversibilidade da doença está instaurada, é direito do paciente escolher como deseja vivenciar sua própria terminalidade".

52. DOWNAR *et al.*, 2020.

53. LIMA, L. *et al.* International Association for Hospice and Palliative Care position statement: euthanasia and physician-assisted suicide. *Journal of Palliative Medicine*, New York, v. 20, n. 1, p. 8-14, jan. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3ikj8oM>>. Acesso em: 16 maio 2020. p. 8.

54. DOWNAR *et al.*, *op. cit.*, p. 177.

55. PEREIRA, J. *et al.* Assisted suicide and euthanasia should not be practiced in palliative care units. *Journal of Palliative Care*, New York, v. 11, n. 8, p. 1074-1076, out. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2EGsFb1>>. Acesso em: 12 maio 2020. p. 1074-1075.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise de uma pesquisa que examinou o cenário canadense da morte medicamente assistida, buscou-se, no presente trabalho, compreender quais seriam os impactos dos cuidados paliativos na autonomia de fim de vida do paciente e qual sua relação com as hipóteses de morte com intervenção médica.

Desta feita, após realizadas as reflexões sobre a morte e o processo de morrer, foi perceptível a importância da abordagem paliativa para a garantia da dignidade e da autonomia dos pacientes com doenças graves e incuráveis.

O presente trabalho, ainda, levantou dois questionamentos que, agora, serão sistematizados e respondidos: (i) os cuidados paliativos estão sendo eficientes no Canadá?; e (ii) é prejudicial a eventual associação entre cuidados paliativos e morte medicamente assistida?

Por todo o exposto no trabalho, conclui-se que os cuidados paliativos no Canadá são prestados de forma adequada, com necessidades de aperfeiçoamento constante, como em qualquer abordagem de cuidado. Constata-se, ainda, que, não obstante a oferta e prestação adequada de cuidados paliativos nesse país, pacientes com doenças graves pedem acesso aos procedimentos de morte medicamente assistida e isso não pode ser visto como um fracasso dos cuidados paliativos, mas sim como uma consequência do exercício de autonomia daquele que padece de uma doença ameaçadora da vida.

Em suma, cuidados paliativos e morte medicamente assistida não são abordagens excludentes e nem derivadas uma da outra. Tratam-se de dois diferentes olhares para o adoecimento, para o papel dos profissionais de saúde frente àqueles que sofrem e para o conceito de dignidade e autonomia no morrer.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, A. C. C. Z. M.; RODRIGUES, R. C. O direito à morte digna e a inviolabilidade do direito à vida: a possibilidade de uma leitura constitucional. In: ESPOLADOR, R. C. R. T.; PAIANO, D. B. (Orgs.). **Questões atuais dos negócios biojurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2019. p. 149-164.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2S8B9eZ>>. Acesso em: 12 maio 2020.

CANADÁ. **Bill C-14**: An act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying). Ottawa: 42<sup>nd</sup> Parliament, 1<sup>st</sup> session, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2HFJox8>>. Acesso em: 14 maio 2020.

CANADÁ. Medical assistance in dying. **Canada.ca**, fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2EIw6Pb>>. Acesso em: 14 maio 2020.

DADALTO, L. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolher seu próprio fim. **Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3kX9GJE>>. Acesso em: 16 maio 2020.

DOWNAR, J. *et al.* Early experience with medical assistance in dying in Ontario, Canada: a cohort study. **Canadian Medical Association Journal**, Ottawa, v. 192, n. 8, p. 173-181, fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3jeuY4W>>. Acesso em: 12 maio 2020.

EMANUEL, E. J. *et al.* Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe. **Journal of the American Medical Association**, Chicago, v. 316, n. 1, p. 79-90, jul. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3jdr8cr>>. Acesso em: 16 maio 2020.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade (a Meneceu)**. Tradução: Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

IAHPC – INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR HOSPICE & PALLIATIVE CARE. Palliative Care definition. Tradução por Cristiane Terz, Danielle Soler, Fernando Kawai, Helloisa Brogiatto, João Batista Garcia, Luciana Messa e Morgana Matos. **Hospicecare**, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3ieRglC>>. Acesso em: 24 maio 2020.

LIMA, L. *et al.* International Association for Hospice and Palliative Care position statement: euthanasia and physician-assisted suicide. **Journal of Palliative Medicine**, New York, v. 20, n. 1, p. 8-14, jan. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3ikj8oM>>. Acesso em: 16 maio 2020.

MEHTA, A.; CHAN, L. S. Understanding of the concept of “total pain”: a prerequisite for pain control. **Journal of Hospice and Palliative Nursing**, Pittsburgh, v. 10, n. 1, p. 26-32, jan./fev. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/341JIxu>>. Acesso em: 14 maio 2020.

MEYSTRE, C.; HUSSEIN, R. Fundamentals of palliative and end of life care. *In*: KINGSNORTH, A. N.; BOWLEY, D. M. (Eds.). **Fundamentals of Surgical Practice: A Preparation Guide for the Intercollegiate MRCS Examination**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 103-126. DOI: 10.1017/CBO9780511984785.008.

PALLIATIVE CARE MCGILL. **Balfour Mount**: The father of palliative care in Canada, physician Balfour Mount on the legacy of Cicely Saunders, the start of palliative care, and the true meaning of medical aid in dying. Disponível em: <<https://bit.ly/3jgdGCX>>. Acesso em: 21 out. 2020.

PEREIRA, J. *et al.* Assisted suicide and euthanasia should not be practiced in palliative care units. **Journal of Palliative Care**, New York, v. 11, n. 8, p. 1074-1076, out. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2EGsFbI>>. Acesso em: 12 maio 2020.

ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

RYAN, J. K. *et al.* **The Belmont Report**. Washington, D.C.: Department of Health & Human Services, 1979. Disponível em: <<https://bit.ly/36bJM0y>>. Acesso em: 14 maio 2020.

SAPETA, P. Dor total *vs* sofrimento: a interface com os Cuidados Paliativos. **Dor**, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 16-21, 2007. Acesso em: <<https://bit.ly/36i9HUs>>.

SAUNDERS, Cicely. Into the valley of the shadow of death: a personal therapeutic journey. **British Medical Journal**. n. 313, 1996, p. 1559-1601.

SIQUEIRA, J. E. Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida. **Bioética**, Brasília, Distrito Federal, v. 13, n. 2, p. 37-50, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2ScK2ny>>. Acesso em: 14 maio 2020.

SIQUEIRA-BATISTA, R.; SCHRAMM, F. R. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2G0A8TW>>. Acesso em: 14 maio 2020.

TROCA, S. F. A interpretação dos negócios biojurídicos à luz dos referenciais bioéticos: uma análise crítica. *In*: ESPOLADOR, R. C. R. T.; PAIANO, D. B. (Orgs.). **Questões atuais dos negócios biojurídicos à luz do biodireito**: discussões sobre negócios biojurídicos. Londrina: Thoth, 2019. p. 121-148.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA DIVISÃO DE ÉTICA DAS CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS SECTOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Portugal: UNESCO, 19 out. 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/33adXTM>>. Acesso em: 12 maio 2020.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Palliative Care: key facts. **WHO**, Geneva, fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3cE1Stl>> Acesso em: 12 maio 2020.

WORLDWIDE HOSPICE PALLIATIVE CARE ALLIANCE. **Global Atlas of Palliative Care**. Disponível em: <<https://bit.ly/2HqDvUa>> . Acesso em: 21 out. 2020.



# O USO INDEVIDO DA INTERDIÇÃO CAUTELAR MÉDICA COMO MECANISMO DE ANTECIPAÇÃO DE PENA ÉTICA EM CASOS DE PUBLICIDADE E SUA IMPROPRIEDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

THE IMPROPER USE OF MEDICAL PRECAUTIONARY INTERDICTION AS AN ANTECIPATION MECHANISM OF DELIVERING ETHICAL PENALTIES IN ADVERTISING CASES AND ITS IMPROPERTY IN COVID-19 PANDEMIC TIMES

Igor de Lucena Mascarenhas<sup>1</sup>

Eduardo Dantas<sup>2</sup>

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A pena de suspensão e a regulação profissional ética pelos conselhos profissionais. 3. Da “escolha de Sofia” pelo Conselho Federal/Regional de Medicina. 4. Da interdição cautelar ética. 5. Do uso da interdição ética no contexto da pandemia causada pela covid-19. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo apresenta algumas reflexões a respeito do uso indiscriminado e sem parâmetros da possibilidade de interdição cautelar ética por parte dos Conselhos de Medicina, aplicando penalidades maiores que as previstas em Lei e de maneira antecipada, sem o devido processo legal. Apresenta-se ainda a distorção causada pela aplicação desta penalidade para casos de publicidade em desacordo com o Código de Ética Médica (CEM), em detrimento de comportamentos de maior gravidade, situação agravada pela falta de médicos para atuar no combate à pandemia da covid-19.

**Palavras-chave:** Interdição cautelar ética. Antecipação indevida de pena. Uso desproporcional em casos de propaganda.

1. Advogado com ênfase em Direito Médico. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico (CDB) vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Professor do Centro Universitário UNIFACISA e UNIFIP Centro Universitário. Associado ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (Iberc), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBD-Civil), Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e Instituto de Direito Civil-Constitucional (IDCC).

2. Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (UC). Mestre em Direito Médico pela University of Glasgow. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde (Apedimes). Ex-presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE. Vice-presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico (Asolademe). Membro fundador e integrante da Comissão Diretiva da Associação Lusófona de Direito da Saúde (Aldis). Ex-vice-presidente e membro do Board of Governors (BoG) da World Association for Medical Law (WAML). Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (Gestões 2013/2015 e 2016/2018). Coordenador pedagógico da Association de Recherche et de Formation en Droit Médical (ARFDM) (Toulouse, França). Membro do International Advisory Board do Observatório de Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Ambiente, da Universidade de Salerno (Itália). Membro do Iberc.

3. Doutora e Mestra em ciências jurídicas pela UFPB, com realização de estágio doutoral no CDB da UC. Professora da UFPB. Associada ao Iberc. Presidente do IDCC.

**Abstract:** This paper presents some reflections regarding the indiscriminate use, without tangible parameters, of the possibility of ethical precautionary interdiction, sanctioned by the Medical Councils, applying penalties greater than those provided for in Law, applied also in advance and without due process of law. There is also some considerations on the distortion caused by the application of this penalty for advertising cases that do not comply with the Medical Ethics Code, in detriment of more serious unethical behaviors, a situation aggravated by the context of lack of physicians to act in the fight against the covid-19 pandemic.

**Keywords:** Ethical precautionary interdiction. Undue anticipation of penalty. Disproportionate use in advertising cases.

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito das profissões relacionadas à área da saúde, o exercício ético da profissão é regulado pelas autarquias de fiscalização profissional. Em se tratando de punição a infrações éticas, os conselhos profissionais aplicam, para os casos mais graves, pena de suspensão ética, cujo prazo máximo varia de 30 (trinta) dias a 03 (três) anos, conforme categoria profissional e cassação. Especificamente em relação à classe médica, o limite temporal para suspensão ética é de 30 (trinta) dias e, em todos os casos, as penalidades só são efetivamente aplicadas após processo administrativo para apuração da suposta infração ética, em que sejam garantidos o exercício do contraditório e o direito à defesa.

Ocorre que o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) dos Conselhos de Medicina traz a possibilidade de interdição cautelar ética, que ocasiona o impedimento total ou parcial do exercício da profissão enquanto durar o processo, que deve ser julgado no prazo de 06 (seis) meses, prorrogáveis por igual período. Diante do cenário de pandemia causado pela covid-19, os casos se multiplicaram, o que leva à necessidade de refletir sobre a adequação da medida de interromper cautelarmente as atividades do profissional da medicina por período superior ao limite estabelecido em caso de aplicação da pena de suspensão.

Para tanto, a pesquisa foi conduzida por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva, com método de procedimento analítico, voltado para o pensamento crítico a respeito dos temas dispostos. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a pesquisa doutrinária e a legislativa.

O texto foi construído de forma que o leitor compreenda a aplicação de sanções éticas e da interdição cautelar para, ao final, analisar a utilização desta última no contexto da pandemia causada pela covid-19 e os perigos que envolvem a massificação do instituto.

## 2. A PENA DE SUSPENSÃO E A REGULAÇÃO PROFISSIONAL ÉTICA PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Tradicionalmente, as profissões da saúde são devidamente reguladas pelas autarquias de fiscalização profissional. O livre exercício profissional não representa direito absoluto, na medida em que os requisitos legais devem ser preenchidos, tornando o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal (CF) uma norma de eficácia contida.

Conforme destaca Domingos Kriger Filho, diversas são as profissões que apresentam regulamentação junto aos conselhos profissionais e exigem inscrição prévia nas autarquias profissionais:

Assistência Social (Lei nº 8.662/1993), Biblioteconomia (Lei nº 4.084/1962), Contabilidade (DL nº 9.295/1946), Corretores de Imóveis (Lei nº 6.530/1978), Economia (Lei nº 1.411/1951), Enfermagem (Lei nº 5.905/1973), Engenharia e Agronomia (Lei nº 5.194/1966), Farmácia (Lei nº 3.820/1960), Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Lei nº 6.316/1975), Medicina (Lei nº 3.268/1957), Medicina Veterinária (Lei nº 5.517/1968), Músicos (Lei nº 3.857/1960), Odontologia (Lei nº 4.324/1964), Psicologia (Lei nº 5.766/1971), Química (Lei nº 2.800/1956), Representação Comercial (Lei nº 4.886/1965), Advocacia (Lei nº 8.906/1994), Administração (Lei nº 4.769/1965), Arquitetura e Urbanismo (Lei nº 12.378/2010), Biologia e Biomedicina (Lei nº 6.684/1979), Economista Doméstico (Lei nº 7.387/1985), Educação Física (Lei nº 9.696/1998), Estatística (Lei nº 4.739/1965), Fonoaudiologia (Lei nº 6.965/1981), Museologia (Lei nº 7.287/1984), Nutricionista (Lei nº 6.583/1978), Relações Públicas (Lei nº 5.377/1967) e Técnico em Radiologia (Lei nº 7.394/1985).<sup>4</sup>

No âmbito da área da saúde, conforme Resolução nº 287 de 08 de outubro de 1998 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), o Brasil possui 14 profissões de nível superior regulamentadas, a saber: serviço social, biologia, biomedicina, educação física, enfermagem, farmácia, fisioterapia, fonoaudiologia, medicina, medicina veterinária, nutrição, odontologia, psicologia e terapia ocupacional.<sup>5</sup>

Das 14 profissões citadas, todas apresentam a cassação e suspensão como alternativa punitiva, porém os prazos de suspensão são extremamente diversos, vejamos:

4. KRIGER FILHO, D. A. A cassação do exercício profissional no âmbito das profissões regulamentadas: considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 143, p. 225-240, jul./set. 2011. p. 230.

5. FIGUEIREDO, A. M.; FREIRE, H.; LANA, R. L. *Profissões da saúde: bases éticas e legais*. Rio de Janeiro: Revinter, 2006. p. 11-43.

## Quadro 01 – Prazos de suspensão ética aplicada pelos conselhos profissionais

<b>Categoria profissional</b>	<b>Prazo de suspensão ética</b>	<b>Possibilidade de cassação<sup>6</sup></b>	<b>Fundamento normativo</b>
Serviço Social	30 (trinta) dias a 2 (dois) anos	SIM	Código de Ética do/a assistente social
Biologia	Até 3 (três) anos	SIM	Decreto nº 88.438/1983 e Lei nº 6.684/79
Biomedicina	Até 3 (três) anos	SIM	Decreto nº 88.438/1983 e Lei nº 6.684/79
Educação Física	Sem prazo definido	SIM	Resolução Confef nº 307/2015
Enfermagem	Até 90 (noventa) dias	SIM	Resolução Cofen nº 564/2017
Farmácia	3 (três) meses a um ano	SIM	Lei nº 3.820/1960
Fisioterapia	Pelo prazo de até 3 (três) anos	SIM	Lei nº 6.316/1975
Fonoaudiologia	Pelo prazo de até 3 (três) anos	SIM	Lei nº 6.965/1981
Medicina	Até 30 (trinta) dias	SIM	Lei nº 3.268/1957
Medicina Veterinária	Até 3 (três) meses	SIM	Lei nº 5.517/1968
Nutrição	De até 3 (três) anos	SIM	Lei nº 6.583/1978
Odontologia	Até 30 (trinta) dias	SIM	Lei nº 4.324/1964
Psicologia	Até 30 (trinta) dias	SIM	Lei nº 5.766/1971
Terapia Ocupacional	Pelo prazo de até 3 (três) anos	SIM	Lei nº 6.316/1975

Elaboração dos autores.

Ou seja, de todas as penas de suspensão possíveis de serem aplicadas, as profissões relacionadas à medicina, psicologia e odontologia são, supostamente, mais complacentes com os seus pares, na medida em que a pena mais gravosa anterior à pena capital profissional (cassação) é uma “simples” suspensão de 30 (trinta) dias.

### 3. DA “ESCOLHA DE SOFIA” PELO CONSELHO FEDERAL/REGIONAL DE MEDICINA

Diferente do considerado por diversos conselhos e profissões regulamentadas, a Medicina não possui uma previsibilidade acerca da correlação entre as condutas tidas como antiéticas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e a pena a ser aplicada.

6. A nomenclatura referente a figura da cassação pode variar, sendo encontrado, por vezes, a expressão “cancelamento de registro” ou “expulsão”, porém, todos têm natureza sinônima, variando, tão somente, o nome da pena e a possibilidade ou não de reabilitação profissional, ou seja, de possibilidade de retorno após transcorrido prazo considerável.



Desse modo, as 117 (cento e dezessete) normas deontológicas trazidas no Código de Ética Médica (CEM) permitem qualquer uma das penas previstas na Lei nº 3.268/57. Ou seja, o médico, no momento que é denunciado, possui 6 (seis) possíveis cenários: absolvição, advertência confidencial em aviso reservado, censura confidencial em aviso reservado, censura pública em publicação oficial, suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias e cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

A falta de uma previsão abstrata e geral de apenações conforme o tipo de violação ocorrida gera, para os médicos, uma verdadeira loteria decisional, na medida em que, pela infração de um mesmo artigo, podemos ter 6 (seis) cenários distintos e, sobretudo, sem a possibilidade de um efeito comparativo, porquanto os processos tramitam de forma sigilosa, nos termos do art. 1º do CPEP (Resolução CFM nº 2.145/2016).<sup>7</sup>

Paulo Eduardo Behrens destaca que a falta de uma correlação imediata visa a garantir a proporcionalidade da aplicação da pena ao caso concreto.<sup>8</sup> O problema repousa no seguinte questionamento: qual é o critério?

Desse modo, salvo raras exceções, não há sequer a possibilidade de promover defesa adequada, no sentido de que a potencial infração poderá resultar em um variado espectro de conclusões e, assim, não haveria a oportunidade de sequer verificar se a decisão é adequada ou inadequada, na medida em que a pretensa adequação é pautada, tão somente, no juízo de valor subjetivo dos Conselheiros. Observe-se o que preconiza a Lei nº 3.268/1957:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

**§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo (grifo nosso).**

Desta forma, o Conselho enfrenta verdadeira escolha de Sofia para os casos graves: ou cassa ou suspende.

No caso da medicina, a cassação representaria uma natureza perpétua, visto que, nos termos do parágrafo único do art. 124 do CPEP, a reabilitação profissional não é aplicável para os médicos cassados, apesar de autores como Eduardo Dantas, Marcos

7. Art. 1º A sindicância e o processo ético-profissional (PEP) nos Conselhos Regionais de Medicina (CRM) e no Conselho Federal de Medicina (CFM) serão regidos por este Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) e tramitarão em sigilo processual.

8. BEHRENS, P. E. **Código de Processo Ético Profissional Médico Comentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 138.

Coltri<sup>9</sup> e Edmilson Barros Júnior<sup>10</sup> destacarem a inviabilidade da pena ética perpétua, na medida em que violaria o art. 5º, XLVI, “b” da CF. Já a suspensão representaria supostas “férias” para o médico condenado, visto que ficaria impedido de exercer a profissão por apenas 30 (trinta) dias.

Isto é, dentre as penalidades para casos gravosos, ou se aplica uma penalidade leniente ou excessivamente gravosa ao vulto do caso concreto. Não há uma margem discricionária para adequação de uma pena não perpétua que representa, de fato, uma resposta ao descumprimento ético.

Isto posto, diante desse abismo entre as penalidades, o que se tem observado é o uso da interdição cautelar ética como mecanismo de antecipação da pena e recrudescimento das penas éticas trazidas pela lei e, portanto, como uma forma de alterar, de maneira irregular, o dispositivo legal já anteriormente mencionado.

#### 4. DA INTERDIÇÃO CAUTELAR ÉTICA

O CPEP dos Conselhos de Medicina traz em seu bojo a previsibilidade de interdição cautelar do médico, vejamos:

Art.25. O pleno do CRM, por maioria simples de votos e respeitando o quórum mínimo, poderá interditar cautelarmente o exercício profissional de médico cuja ação ou omissão, decorrentes do exercício de sua profissão, esteja notoriamente prejudicando seu paciente ou à população, ou na iminência de fazê-lo.

§ 1º A interdição cautelar poderá ser aplicada quando da instauração do PEP, ou no curso da instrução, na sessão de julgamento ou na fase recursal.

§ 2º Os casos de interdição cautelar serão imediatamente informados ao CFM pelo CRM de origem.

Art. 26. A interdição cautelar ocorrerá desde que existam nos autos elementos de prova que evidenciem a probabilidade da autoria e da materialidade da prática do procedimento danoso pelo médico, a indicar a verossimilhança da acusação, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao paciente, à população e ao prestígio e bom conceito da profissão, caso ele continue a exercer a medicina.

§ 1º Na decisão que determinar a interdição cautelar, o CRM indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º A decisão de interdição cautelar terá efeito imediato e implicará o impedimento, total ou parcial, do exercício da medicina até o julgamento final do PEP, que deverá ser obrigatoriamente instaurado.

§ 3º A interdição cautelar poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo pela plenária do CRM ou, em grau de recurso, pela plenária do CFM, em decisão fundamentada.

(...)

9. DANTAS, E.; COLTRI, M. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

10. BARROS JÚNIOR, E. *Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 187-191.

Art. 31. O PEP no bojo do qual tiver sido decretada a interdição cautelar do exercício da Medicina do médico denunciado, deverá ser julgado no prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período uma única vez.

Pelo teor dos artigos 25-31 do CPEP, o médico pode ser interditado cautelarmente justamente para que não cause novos danos, ou seja, em situações em que a manutenção do seu exercício profissional gere prejuízos para a sociedade. Todavia, causa estranheza a possibilidade de interdição quando o médico, simplesmente, esteja acarretando prejuízo “ao prestígio e bom conceito da profissão”, na medida em que tal suposto dano abstrato não possui natureza de extraordinariedade.

Apesar de Genival Veloso de França, Genival Veloso de França Filho e Roberto Lauro Lana apontarem que um processo ético é formado por duas pessoas interessadas na causa (denunciante e denunciado) e um terceiro desinteressado que seria o Conselho Regional de Medicina (CRM), entendemos que há um quarto interesse subjacente no processo que é o interesse coletivo. Não bastasse, nem sempre o Conselho pode ser visto como parte “não interessada”, pois além de ter o poder-dever de realizar sindicâncias e abrir processos éticos *ex officio*, participa como órgão acusador, julgador e executor da pena.

A política de interdição cautelar ética não se dá para proteger a parte denunciante, mas, sobretudo, para que não tenhamos novos casos ou outros denunciantes, de modo que a sociedade, ainda que não expressamente integre o rol de partes, estará presente no bojo processual.<sup>11</sup>

Deve-se reconhecer que a interdição cautelar ética tem a função precípua de se antecipar aos possíveis novos danos que venham a ser experimentados e quando se apresentam de forma irreversível. Nesse sentido, Ricardo Dal Pizzol dispõe que os novos agravos experimentados no mundo contemporâneo podem ser qualificados como irreversíveis e graves, de modo que a estrutura jurídica deve antecipar a sua ocorrência, servindo não apenas como mecanismo de reparação, notadamente por existirem situações em que não se pode reparar o irreparável, mas, sobretudo, como instrumento de prevenção de novos danos.<sup>12</sup>

As penas éticas, ainda que possuam um viés pedagógico e punitivo, são sempre *ex-post*, ou seja, não se penaliza uma propensão delitiva, mas o próprio delito. A única exceção a tal premissa é a própria cassação, na medida em que retira a possibilidade de novas infrações acobertas pelo exercício profissional legal, posto que, caso o profissional cassado volte a atuar, estaria violando o art. 205 do Código Penal, que estabelece o tipo de “exercício de atividade com infração de decisão administrativa”.

11. FRANÇA, G. V.; FRANÇA FILHO, G. V.; LANA, R. L. *Comentários ao Código de Processo Ético Profissional dos Conselhos de Medicina do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 2-3

12. DAL PIZZOL, R. *Responsabilidade Civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 274-275.

A interdição cautelar ética surge, então, como um mecanismo de prevenção do dano futuro enquanto se apura suposto delito já ocorrido, de modo que o Estado, ante o suposto risco de dano iminente, utiliza de mecanismos de natureza preventiva para evitar que direitos sejam ameaçados. Efetiva-se, assim, o texto constitucional de proteção não apenas de direitos lesados, mas, sobretudo, ameaçados.<sup>13</sup>

Destarte, o Direito não permanece inerte e passivo, atuando de forma proativa para não ocorrência de novos danos. Aplica-se, desse modo, o dever de cautela ao retirar do mercado profissional, ainda que provisoriamente, um médico acusado de gravíssimos danos.

A grande questão é: quando deve-se interditar cautelarmente? E, ainda: há base objetiva para tanto?

O que se tem observado, no uso da interdição ética, é o desvio de finalidade, assim como as medidas cautelares na seara penal, de modo que a interdição cautelar é utilizada como mecanismo de antecipação da pena e de agravamento do lapso temporal que o profissional deve ser afastado. Antecipar ou agravar a pena por meio da cautelaridade não é proteger o Estado ou a sociedade, mas legitimar o arbítrio.<sup>14</sup>

Na visão de Edmilson Barros Júnior, a interdição cautelar ética padece de uma grave inconstitucionalidade: falta de previsão legal.<sup>15</sup> Enquanto as penas éticas encontram fundamento da Lei nº 3268/57, a medida de interdição ética não possui respaldo em nenhuma normativa em sentido estrito.<sup>16</sup> O CFM se basearia no poder de polícia, o que, portanto, legitimaria a edição de resoluções que interdita cautelarmente um médico ou mesmo a vedação do trabalho médico.<sup>17</sup>

O que se deve ter em conta é que cautelaridade não se confunde com gravidade, repercussão ou clamor social. Fatos graves devem ser severamente punidos, todavia há a necessidade de se interditar cautelarmente?

O Supremo Tribunal Federal (STF), há muito, já definiu que uma argumentação genérica de gravidade do fato ou clamor social são insuficientes para manutenção de medidas cautelares:

13. COSTA, A. P. C. A.; MASCARENHAS, I. L.; MATOS, A. C. H. Responsabilidade civil do contratante em razão da agressão sofrida por médicos durante a pandemia causada pela COVID-19: a falta de segurança como ato atentatório à dignidade médica. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 190-206, 29 jul. 2020.

14. BOTTINI, P. Cruz. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas (Lei no 12.403). *Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 2013, p. 268.

15. BARROS JÚNIOR, E. *Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 243-249 e BARROS JÚNIOR, E. *Código de Processo Ético Profissional da Medicina: Comentado e Interpretado – Resolução CFM nº 1897/2009*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19-22.

16. Neste sentido: contrário à legalidade das interdições éticas: TRF-2 - AC: 00095766620144025001 ES 0009576-66.2014.4.02.5001, Relator: JOSE EDUARDO NOBRE MATTA, Data de Julgamento: 06/03/2018, VICE-PRESIDÊNCIA; TRF-1 - AMS: 00083694620144014100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, Data de Julgamento: 06/05/2019, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 17/05/2019.

17. Em sentido favorável as interdições, a despeito da falta de previsão expressa em lei em sentido estrito: TRF-4 - AG: 50183015720204040000 5018301-57.2020.4.04.0000, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 12/08/2020, QUARTA TURMA.

Habeas Corpus. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral. Maioria. 3. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta da necessidade da prisão. No entendimento da maioria, a comoção popular não é, por si só, suficiente para demonstrar a necessidade da prisão. 4. Poderes de investigação do Ministério Público. O Ministério Público pode realizar diligências investigatórias para complementar a prova produzida no inquérito policial. Maioria. 5. Rejeitada a questão de ordem por maioria. Ordem concedida, por maioria, apenas para cassar o decreto de prisão preventiva. (HC 84548, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2015, DJe-067)

De igual forma, alguns julgamentos de interdições éticas cautelares são pautados em clamor social, repercussão ou mesmo como forma de garantir uma maior pena, quando somado o período cautelar e a pena em concreto.

Entendemos que os requisitos para medidas cautelares, independentemente da esfera e natureza do litígio (ético-profissional, criminal ou cível), devem ser: medida preventiva para ocorrência de novos e possíveis danos, risco concreto para a instrução processual, robustez das provas e indícios de autoria e o perigo da demora.

No âmbito cível, por exemplo, Thiago Ribeiro de Carvalho e Judith Aparecida de Souza Bedê pontificam que o sistema de cautelares se impõe para assegurar o cumprimento da vontade concreta da lei, devendo perdurar enquanto houver risco para o autor.<sup>18</sup>

Como bem destaca Samara Fernandes da Cruz Aguiar, ao tratar da possibilidade de afastamento do agente público do exercício com base na Lei de Improbidade Administrativa, o intuito é de natureza processual sem traço sancionatório. Para tanto, é imprescindível que haja o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de modo que, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deve haver prova de dano efetivo para a instrução processual.<sup>19</sup>

O sistema de cautelarização não pode ser regra, deve ser exceção. Como bem pontifica Pierpaolo Cruz Bottini:

a ansia social pela solução das demandas, a angústia dos magistrados em tornar efetivas as decisões tomadas, e a constatação de que lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução de litígios, valorizou a figura da cautelar, com consequências positivas e negativas para o sistema judicial e para os jurisdicionados.<sup>20</sup>

18. CARVALHO, T. R.; BEDÊ, J. A. S. Supostos históricos do processo cautelar. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 31, p.108-124, 2017. p. 111.

19. AGUIAR, S. F. C. Análise crítica do artigo 20 da Lei nº 8.429/1992. *Dom Helder Revista de Direito*, v. 2, n. 2, p. 91-111, 2019.

20. BOTTINI, P. C. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11): Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas (LEI 12.403). *Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 2013. p. 264.

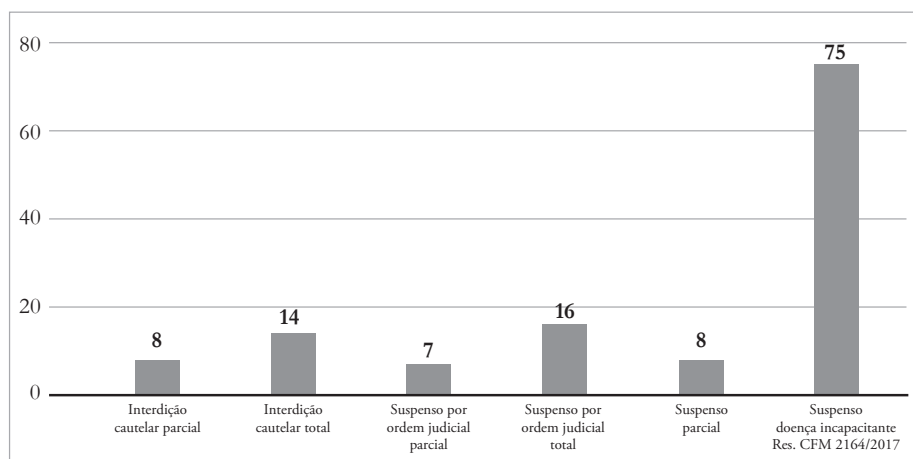
Assim sendo, o que se observa é que os limites, fundamentos e justificativas para o uso do mecanismo processual da interdição cautelar são muito estreitos e, conforme veremos a seguir, têm sido banalizados.

## 5. DO USO DA INTERDIÇÃO ÉTICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

No curso do combate à covid-19, diversos foram os casos retratados pela imprensa de profissionais que, supostamente, abusaram da liberdade de expressão e promoveram publicidades sensacionalistas, promocionais e, até inverídicas.

De acordo com dados produzidos por Scheffer *et al.*, o Brasil possuía 452.801 médicos em janeiro de 2018.<sup>21</sup> A partir de dados extraídos em 07 de setembro de 2020 do sítio institucional do CFM, observa-se que, do total de médicos existentes no Brasil, uma parcela encontra-se com sua liberdade de atuação tolhida. Vejamos:

**Gráfico 1 – Profissionais impedidos de exercer a medicina em sua plenitude**



Elaboração dos autores.  
Obs.: consulta em 6 de setembro de 2020.

As decisões de suspensão total ou parcial decorrem da verificação de doença incapacitante, conforme previsto na Resolução CFM nº 2.164/2017. Esses médicos, em razão das limitações trazidas por suas doenças, poderão ficar suspensos de exercer a medicina em determinada área que exija competência que a doença comprometeu.

21. SCHEFFER, M. *et al.* **Demografia Médica no Brasil 2018**. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, Cremesp, 2018.

As decisões de suspensão por ordem judicial decorrem de cautelares impostas pelo próprio judiciário, supostamente, observando os requisitos da essencialidade, razoabilidade, proporcionalidade, perigo na demora e fumaça do bom direito. Em contraponto, as decisões de interdição cautelar estão fundadas no CPEP, conforme demonstrado em item anterior.

Considerando que os processos tramitam em sigilo, apontar a causa da interdição cautelar é, em essência, uma inferência a partir de informações veiculadas na imprensa e manifestações dos próprios acusados/denunciados.

Apesar de existir no bojo das interdições causas de denúncias de supostos assédios sexuais, homicídios, lesões corporais graves e outros tipos, que são considerados pelo próprio CFM como graves, e de inexistir uma hierarquia formal entre os 117 deveres médicos, denota-se uma série de interdições em razão de publicidade e/ou outras infrações, que, apesar de deverem ser enfaticamente repudiadas, não podem ser equiparadas às demais figuras.

O CFM, em que pese não estabelecer uma hierarquia entre os deveres médicos, indica, por exemplo, tipos que são axiologicamente mais gravosos que outros, na medida em que, para as infrações éticas que envolvam lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º a 3º do Código Penal), assédio sexual ou óbito do paciente não admitem conciliação e, tampouco, a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), nos termos do CPEP:

Art. 18. A conciliação entre as partes somente será admitida nos casos em que não envolvam lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1º a 3º do Código Penal), assédio sexual ou óbito do paciente, e dependerá de proposta do conselheiro sindicante ou de outro membro da Câmara, com aprovação da câmara de sindicância.

Art. 19. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é o ato jurídico pelo qual a pessoa, física ou jurídica, em regra, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende ou pode ofender interesse ético individual ou coletivo, assume, perante órgão público legitimado, o compromisso de eliminar a ofensa ou o risco, através da adequação de seu comportamento às exigências legais e éticas, mediante formalização de termo.

Por conseguinte, casos como os de A.F.S.J., D.H.M.D., F.L.D., J.P.A. e A.A.S.D., nos quais, conforme dados veiculados na mídia, houve a acusação de assédio sexual ou homicídio, considerando as particularidades do caso concreto, poder-se-ia apontar a interdição cautelar como mecanismo de prevenção de danos.<sup>22</sup>

Por outro lado, denúncias envolvendo soros da imunidade ou de mitigação dos efeitos da pandemia causada pela covid-19, conforme os casos de J.R.P., I.R.A. e A.A.G.,

22. Baseado no princípio da presunção de inocência, optou-se por não publicizar o nome dos médicos interditados, apesar da possibilidade, visto que o ato de interdição é público e disponibilizado no Diário Oficial da União.

não podem ser equiparadas às condutas anteriores. Eventual publicidade abusiva ou enganosa, sem que haja um risco imediato e concreto, não pode suscitar uma repressão tamanha do Estado.

As informações veiculadas pelos médicos apontados podem ser tipificadas como informações falsas, nos termos do CEM, porém, não podem se transformar em uma medida de aferição de pré-julgamento ou antecipação da pena.

Como bem destacam Iuri Bolesina e Tássia Gervasoni, a desinformação é pautada em informações falsas com intuito malicioso ou prejudicial.<sup>23</sup> Ocorre que a desinformação exige uma resposta imediata, mas a interdição cautelar, ao impedir o exercício profissional, total ou parcialmente, não elimina o principal problema: o abuso da liberdade de expressão. A conduta imediata, até para que não haja a reprodução do conteúdo ilícito, não pode ser impedir a atuação profissional, visto que essa medida não possui correlação imediata com o dano. A promoção de informação e educação são alternativas mais efetivas e eficazes aos casos analisados, jamais a simples interdição cautelar, que supera em muito a penalidade de suspensão, prevista na Lei nº 3.268/1957.

A publicização de soros de imunidade, promoção de tratamentos sem nenhuma evidência científica, como a ozonioterapia por via anal, ou falas que mitigam os efeitos da pandemia são graves, mas a interdição não se apresenta como efetiva e adequada para os casos, de modo que a repressão pode ser feita a posteriori, inclusive com a aferição de eventual dano sofrido pelos pacientes adquirentes dos produtos comercializados para fins de gradação da conduta. Ou seja, os fundamentos para eventual interdição, no contexto da pandemia, não se sustentam, notadamente em razão das potenciais infrações praticadas.

Décio Policastro pontifica que a interdição é um procedimento administrativo tão específico que só deve ser aplicado para aquele que pratica falta de tamanha gravidade que a manutenção do seu exercício profissional represente sério risco de provocação de danos irreparáveis, transformando o diploma em instrumento para causar danos aos pacientes e violar os princípios da beneficência e não maleficência.<sup>24</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi fazer algumas reflexões acerca da aplicação do instituto da interdição cautelar ética. Ao final, chega-se às seguintes conclusões:

23. BOLESINA, I.; GERVASONI, T. A. "Seres nada-fantásticos e onde habitam": a desinformação sobre o coronavírus e a covid-19 propagada por trolls, fakers, haters e bullies e a configuração de abuso de direito. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 37-60, 3 jul. 2020.

24. POLICASTRO, D. O processo disciplinar dos médicos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 63-76, jan./jun. 2012.



1. apesar das sanções ético-disciplinares se constituírem em limitações ao livre exercício profissional, elas são, desde que regulamentadas pelo respectivo Conselho de Classe, lícitas e necessárias para a manutenção de boas práticas e agir ético e responsável;

2. as penalidades mais severas são a suspensão ética e a cassação, mas só são efetivadas após procedimento que garanta o exercício do contraditório e direito de defesa;

3. o CPEP dos Conselhos de Medicina disciplina também a possibilidade de interditar o profissional como medida cautelar, ou seja, suspender as atividades laborais ainda no curso do processo de apuração da suposta infração, porém com previsão de prazo mais severo do que a penalidade de suspensão ética, que só é imposta após o término do procedimento e decisão pela aplicação da sanção; e

4. os casos de interdição cautelar médica cresceram muito durante a pandemia, todavia, tem-se observado desvio de finalidade, antecipando ou mesmo agravando a pena a que o profissional seria submetido, legitimando o arbítrio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, S. F. C. Análise crítica do artigo 20 da Lei nº 8.429/1992. **Dom Helder Revista de Direito**, v. 2, n. 2, p. 91-111, 2019.

BARROS JÚNIOR, E. **Código de Processo Ético Profissional da Medicina**: Comentado e Interpretado – Resolução CFM nº 1897/2009. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Médico**: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BEHRENS, P. E. **Código de Processo Ético Profissional Médico Comentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOLESINA, I.; GERVASONI, T. A. “Seres nada-fantásticos e onde habitam”: a desinformação sobre o coronavírus e a COVID-19 propagada por trolls, fakers, haters e bullies e a configuração de abuso de direito. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 37-60, 3 jul. 2020.

BOTTINI, P. C. Medidas Cautelares Penais (Lei nº 12.403/11): Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas (Lei nº 12.403). **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, 2013.

CARVALHO, T. R.; BEDÊ, J. A. S. Supostos históricos do processo cautelar. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 31, p.108-124, 2017.

COSTA, A. P. C. A.; MASCARENHAS, I. L.; MATOS, A. C. H. Responsabilidade civil do contratante em razão da agressão sofrida por médicos durante a pandemia causada pela COVID-19: a falta de segurança como ato atentatório à dignidade médica. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 190-206, 29 jul. 2020.

DAL PIZZOL, R. **Responsabilidade Civil**: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

DANTAS, E.; COLTRI, M. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

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

FRANÇA, G.V.; FRANÇA FILHO, G. V.; LANA, R. L. **Comentários ao código de processo ético profissional dos conselhos de medicina do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KRIGER FILHO, D. A. A cassação do exercício profissional no âmbito das profissões regulamentadas: considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 143, p. 225-240, jul./set. 2011.

POLICASTRO, D. O processo disciplinar dos médicos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, p. 63-76, jan./jun. 2012.

SCHEFFER, M. *et al.* **Demografia Médica no Brasil 2018**. São Paulo: FMUSP, CFM, Cremesp, 2018.

## BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS TRANSPLANTES DE ÚTERO

### BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT UTERUS TRANSPLANTATIONS

Giovana Palmieri Buonicore<sup>1</sup>

Isadora Cé Pagliari<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os direitos reprodutivos. 3. Transplantes de órgãos. 3.1. Breve histórico e modalidades existentes. 3.2. Legislação. 4. Transplantes de útero. 4.1. Pontos prós e contras: sucinta análise. 4. 2. Brasil e o emblemático caso de sucesso na modalidade *post mortem*. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Os direitos reprodutivos relacionam-se à escolha livre em formar-se ou não uma família. Contudo, muitas mulheres que optam por ser mães não podem ter seu direito efetivado em razão de problemas reprodutivos, tal como a infertilidade. Embora haja inúmeros tratamentos, como as técnicas de reprodução humana assistida, não são todas as mulheres que podem realizá-las. Os transplantes de órgãos evoluíram com o passar dos anos, possibilitando técnicas mais seguras e efetivas, havendo as modalidades *post mortem* e inter vivos. Os transplantes de útero, embora recentes, apresentam-se como mais uma alternativa às mulheres que sonham em gerar um filho. Em que pese na modalidade inter vivos já se tenha notícias de sucesso desde 2014, na modalidade *post mortem* o Brasil é pioneiro, conforme estudo recente publicado pela revista científica *The Lancet*, que será esmiuçado.

**Palavras-chave:** Direitos reprodutivos. Transplantes de órgãos. Modalidade inter vivos. Modalidade *post mortem*. Transplantes de útero.

**Abstract:** Reproductive rights are related to the free choice as to whether form a family or not. However, many women who choose to be mothers cannot have their rights enforced due to reproductive problems, such as infertility. Although there are numerous treatments, such as assisted human reproduction techniques, not all women can perform it. Organ transplants have evolved over the years, enabling safer and more effective techniques, with

1. Sócia fundadora do Buonicore & Cintra Advogados Associados. Mestre em ciências criminais pela PUCRS (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul) e especialista em compliance pela mesma Universidade. Membro do grupo de pesquisas de direito da saúde e empresas médicas da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Parecerista do Boletim de Ciências Criminais do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e da Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Associada à Abrarc (Associação Brasileira de Auditoria, Riscos e Compliance) como profissional. Integrante do Compliance Women Committee.

2. Advogada. Especialista em direito médico na Unicuritiba. Especialista em direito empresarial e civil na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharela em direito pela Unicuritiba. Integrante do grupo de pesquisas direito da Saúde e empresas médicas da Unicuritiba, coordenação de Miguel Kfourri Neto. Membro da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Brasil, Estado do Paraná.

deceased donor and living donor modalities. Uterus transplants, although recent, present themselves as another alternative to women who dream of having a child. Although in the living donor modality there has been news of success since already 2014, in the deceased donor modality Brazil is a pioneer, according to a recent study published by the scientific magazine *The Lancet*, which will be scrutinized.

**Keywords:** Reproductive rights. Organ transplants. Living donor. Deceased donor. Uterus transplants.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos reprodutivos relacionam-se com o direito de planejamento familiar, ficando a critério de toda e qualquer pessoa o modo de se concretizar esse planejamento. Há previsão legal com o fito de tornar esses direitos efetivos, inclusive, no sentido de que o Estado deve fornecer a educação e os meios para o combate da infertilidade.<sup>3</sup> Porém, não é sempre que será garantido que a pessoa venha a gerar um filho em razão de problemas de infertilidade, por exemplo. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a infertilidade atinge uma faixa de 10% a 15% da população mundial, conforme será apresentado no artigo.

A tecnologia reprodutiva avançou e é possível, com seu auxílio, expandir o rol de possibilidades para aqueles que desejam conceber um filho e não podem. Infelizmente, muitas mulheres não podem se valer da tecnologia reprodutiva por inúmeras razões.

Os transplantes de órgãos evoluíram com o passar dos anos, visto que suas técnicas estão cada vez mais seguras e efetivas. Embora as primeiras transplantações sejam datadas de séculos atrás, o transplante de útero é recente, em razão dos riscos inerentes do próprio órgão e de sua principal atividade: gerar uma vida.

Assim, inicialmente, será apresentado sucinto histórico dos transplantes de órgãos, bem como expostas as modalidades de transplantes existentes, quais sejam a *inter vivos*, bem como a *post mortem* (depois da morte). As normativas que tratam das transplantações de órgãos também serão expostas a fim de demonstrar de que forma o Brasil legisla quanto à temática, destacando-se a morte encefálica como *conditio sine qua non* (condição sem a qual não) para a sua efetivação.

Após a parte introdutória acerca dos transplantes de útero, que apresentará pontos prós e contras relatados por médicos, bem como as primeiras notícias acerca da técnica,

3. BRASIL. Decreto-lei nº 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. Brasília: Congresso Nacional, 1996. Art 5º.

será esmiuçado, a partir da tradução livre de estudo publicado pela revista científica *The Lancet* (revista científica inglesa sobre medicina), o emblemático caso ocorrido no Brasil do primeiro transplante de útero *post mortem*. Esse é o cerne do artigo, pois foi o primeiro caso bem sucedido na referida modalidade.

Sabe-se que os direitos reprodutivos se relacionam com um conjunto de normas tocantes à autonomia de homens e mulheres decidirem se querem ou não ter filhos, devendo ser, todavia, uma escolha apenas do casal. Independentemente das crenças e ideologias quanto à maternidade, tal como em relação à gestação, visa-se analisar em que medida o transplante de útero se apresenta como mais uma alternativa às mulheres que possuem esse desejo e não podem tê-lo efetivado.

Ante o exposto, embora se trate de estudos recentes, não havendo muita doutrina específica quanto à temática, objetiva-se apresentar, no presente artigo, sem pretensão de esgotar a temática, do que se trata a técnica, como também a viabilidade de sua realização.

## 2. OS DIREITOS REPRODUTIVOS

Na contemporaneidade, muito tem-se discutido sobre os direitos reprodutivos serem ou não um direito fundamental. Fato é que ele não está previsto expressamente na Constituição Federal (CF) de 1988 como tal no rol dos incisos de seu art. 5º.<sup>4</sup>

No entanto, a CF inclui, no título VII da ordem social, em seu capítulo VII, art. 226, § 7º, a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar, nos seguintes termos:

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>5</sup>

Este texto foi praticamente transcrito pelo legislador civil, no art. 1.565, §2º do Código Civil (CC), o que leva a compreender que o planejamento familiar é o direito de toda e qualquer pessoa a reproduzir-se sexualmente, mantendo sua descendência.

Na intenção de regulamentar o citado artigo da CF, em 12 de janeiro de 1996, foi sancionada a Lei nº 9.263, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil e estabelece o seguinte: “Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto

4. GOZZO, D. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, v. 1, n. 1, jul-dez. 2017.

5. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Art 226o, § 7º. Disponível em: <<https://bit.ly/2TBmolC>>.

de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.<sup>6</sup>

De acordo com essa Lei, o governo passa a garantir a toda e qualquer pessoa o direito de planejar a sua família do modo que melhor desejar, colocando seus serviços à disposição para que o interessado atinja esse objetivo. Somado a isso, Heloisa Helena Barboza explica que, nos termos da referida Lei:

o planejamento familiar integra as ações de atendimento global e integral à saúde, sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) obrigado a garantir, em todos os níveis, programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção” e a oferecer, para fins de exercício do planejamento familiar, “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (artigo 3º, parágrafo único, I e 9º).<sup>7</sup>

No mais, o planejamento familiar deve ser uma decisão do casal, com respeito à previsão do art. 226, § 7º da CF e do art. 1.565, § 2º do CC. Por tal razão, ter ou não filhos deve ser uma decisão tomada sincronicamente pelas pessoas envolvidas.

De outro lado, apesar da previsão de que o Estado deve fornecer a educação e os meios para o combate da infertilidade,<sup>8</sup> é necessário frisar que nem sempre ele conseguirá garantir que a pessoa terá o filho. Isto decorre, dentre outras razões, do fato de que a infertilidade é uma doença (física e/ou psíquica), assim considerada pela OMS,<sup>9</sup> e atinge uma faixa de 10%<sup>10</sup> a 15%<sup>11</sup> da população mundial.

As causas da infertilidade são diversas e podem atingir desde pessoas jovens até aquelas que detêm uma vida saudável, mas optam por conceber um filho em idade mais avançada, quando o envelhecimento natural do corpo humano inibe o desenvolvimento do processo de “conceber” naturalmente.<sup>12</sup>

Com o auxílio da tecnologia reprodutiva, expandiu-se o conjunto de possibilidades para que casais inférteis ou parceiros, que “pela sua natureza não podem se reproduzir como casal, como os pares homoafetivos”,<sup>13</sup> possam conceber. Mas não só. Isto também

6. BRASIL, 1996.

7. BARBOZA, H. H. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revistas Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 549-558, ago. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/34nEJHT>>. Acesso em: 28 ago. 2020. Artigo 3º, parágrafo único, I e 9º.

8. BRASIL, 1996, art. 5º.

9. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a infertilidade como ausência de gravidez após, no mínimo, um ano de relações sexuais regulares e sem a utilização de métodos contraceptivos. Disponível em: <<https://bit.ly/3ljAXGL>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

10. Maria do Céu Patrão Neves menciona dez (10%) PATRÃO NEVES, M. C. PMA: do desejo de um filho ao filho desejado. *In: Do Início ao Fim da Vida: Actas do Colóquio de Bioética*. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 118.

11. CAVAGNA, M. Infertilidade conjugal e o tratamento com técnicas de reprodução assistida. *In: SCALQUETTE, A. C. S. NICOLETTI CAMILLO, C. E. Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.

12. GOZZO, D.; PAGLIARI, I. C. Responsabilidade civil dos médicos e clínicas de reprodução humana assistida. *In: KFOURI NETO, M.; NOGAROLI, R. Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 123-143.

13. DANTAS, E. V. S.; CHAVES, M. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida*: comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 2.

pode ocorrer nas hipóteses em que uma pessoa sozinha deseje ter um filho. Nesse caso, haverá necessidade de utilizar-se de material doado, seja sêmen, seja óvulo, seja embrião, como último recurso.<sup>14</sup>

Na lição de Deborah Ciocci e Edson Borges Júnior, pela expressão “reprodução humana assistida”, dever-se-á abarcar “toda reprodução humana realizada, de algum modo, com assistência médica, como tratamento de saúde, com técnicas lícitas que devem ser vistas como tratamentos de saúde reprodutiva em sentido amplo”.<sup>15</sup>

Para o Conselho Federal de Medicina (CFM), as técnicas de reprodução humana assistida têm o papel de “auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.<sup>16</sup> Tais técnicas desenvolveram-se no decurso do tempo e, desse modo, proporcionaram outras formas de ampliar o projeto parental, aumentando a probabilidade de alcançar o objetivo de ser mãe e pai.

No que se refere à regulamentação brasileira dessas técnicas ou terapias de reprodução humana assistida, nota-se que o Brasil não possui uma lei específica, embora discuta o tema desde a década de 1980.<sup>17</sup> As únicas normas brasileiras são do CFM que, por meio de várias Resoluções de cunho meramente deontológico, desde 1992, vem disciplinando a matéria, de forma a acompanhar, na medida do possível, não só as mudanças sociais,<sup>18</sup> como a Lei Civil (v. CC, art. 1.597, III, IV e V). Atualmente, o que se tem é a Resolução nº 2.168/2017.<sup>19</sup>

Em âmbito internacional, de acordo com Angonese e Lago,<sup>20</sup> duas conferências, ocorridas na década de 1990, foram fundamentais para colocar em discussão os direitos à saúde reprodutiva. A primeira, no Cairo, em 1994, foi a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), na qual se delinearão acordos entre diversos países, com planos de ação que incluíam igualdade de gênero, questões de saúde e direitos sexuais e reprodutivos. Nesse contexto, surgiu a formulação conceitual dos direitos à saúde sexual e reprodutiva. Conforme referido pelos autores há pouco citados,<sup>21</sup> a grande conquista dessa conferência estaria em colocar a reprodução como questão de saúde e direitos humanos, para além do quesito demográfico em questão nas décadas anteriores.

14. GOZZO, 2017.

15. CIOCCI, D.; BORGES JR, E. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000. p. 63.

16. **Resolução nº 2.168/2017**, Item I (Princípios Gerais), n. 1. Disponível em: <<https://bit.ly/3ntZJWw>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

17. SANTOS, A. O.; PEREIRA, A. G. D.; DELDUQUE, M. C. Reprodução humana assistida: regulamentação no Brasil e em Portugal. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 16, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2F2ZgsD>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

18. GOZZO, 2017.

19. Disponível em: <<https://bit.ly/2F2EDwx>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

20. ANGONESE, M.; LAGO, M. C. S. Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 256-270, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3iwNapo>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

21. Id., *ibid*.

A segunda aconteceu em 1995, em Beijing, correspondendo à IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em que esses acordos foram ampliados e definiram-se os direitos sexuais e reprodutivos como Direitos Humanos.

### 3. TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS<sup>22</sup>

#### 3.1. Breve histórico e modalidades existentes

O manuseio do corpo humano sofreu transformações com o passar dos anos. O corpo que, nos primórdios, era considerado sagrado e intocável, passou a ser estudado a partir da sua dessacralização. Nesse sentido, Ruth Maria Chittó Gauer expõe:

a dessacralização do corpo foi uma ação que se refletiu em toda a concepção de ciência. A quebra das barreiras sobre o estudo do corpo foi a grande transformação na questão da observação e na experimentação da ciência moderna. A política da Reforma se situou, nesse sentido, num procedimento jurídico-político, que permitiu incorporar a observação à experimentação científica como um instrumento de progresso a serviço do homem e da sociedade.<sup>23</sup>

Assim como a relação com o manuseio do corpo, os transplantes de órgãos também se modificaram ao longo dos anos, uma vez que as técnicas cirúrgicas estão cada vez mais precisas, tornando-os mais seguros e acessíveis à população.

Segundo os ensinamentos de Valter Garcia *et al.*,<sup>24</sup> em 1869, foi atribuído pela literatura médica ao cirurgião genovês Jacques-Louis Reverdin o primeiro transplante com sucesso em humanos, tendo sido um autotransplante de pele, ou seja, um transplante na própria pessoa e não em outra.

Outrossim, Valter Garcia destaca haver relatos de que, em 1900, em Lyon, o cirurgião ganhador do Prêmio Nobel de 1912, Alexis Carrel, desenvolveu uma técnica de sutura vascular que é a utilizada atualmente, iniciando, dessa maneira, a prática de transplantes de rim, coração e tireoide, de gato para cachorro e de gato para gato. Em que pese os transplantes funcionassem na hora, dias após, os transplantados morriam. Esse insucesso foi atribuído, 50 anos depois, como rejeição.<sup>25</sup>

22. Insta referir que o capítulo terceiro foi modificado e adaptado, sendo, contudo, extraído, em sua essência, de um subcapítulo da obra intitulada: **Tráfico de Órgãos Humanos: Análise Jurídico-Penal e (Bio) ética**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, de autoria da coautora Giovana Palmieri Buonicore.

23. GAUER, R. M. C. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 92-93.

24. GARCIA, V. D. *et al.* **História dos Transplante: transplantes de órgãos e tecidos**. In: GARCIA, V. *et al.* Medina. São Paulo: Segmento Farma, 2006. p. 3.

25. GARCIA, V. D. Doação e transplante de órgãos. Enfoque do Doador e do Receptor. In: Congresso Brasileiro de Biodireito, 1., 1999. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. **Anais...** Porto Alegre: OAB/RS, 2000. p. 84. Vale expor que a rejeição foi o principal empecilho para o sucesso das transplantações, que após a descoberta da ciclosporina, possibilitou o sucesso dessa técnica. Porém, antes dessa descoberta, a rejeição se dava em função das drogas imunossupressoras utilizadas, tais como azatioprina, corticosteroides e soro antilinfótico ou globulina antilinfótica que provocavam a redução das defesas dos sistemas imunológicos. ÁVILA, G. N. **Da esperança aos dilemas: doação e comércio de órgãos humanos**. Porto Alegre, 2006. p. 38.



Todavia, a partir de 1950, foi possível iniciar os primeiros transplantes de órgãos não regeneráveis. Como nos ensina Javier Gafo Fernández, “a década de 60 marcou tanto a atual evolução dos transplantes de órgãos como o debate ético e legal”.<sup>26</sup> Em 3 de dezembro de 1967, o referido autor<sup>27</sup> esclarece que o Dr. Christian Barnard realizava, na cidade do Cabo, no hospital denominado Groote Schuur, o primeiro transplante de coração. Apesar de, na década de 50, já existirem registros de transplantações de córnea e de rim, a partir da pioneira transplantação de coração, se fomentou maiores discussões acerca da temática, tendo em vista o peso cultural e afetivo que esse órgão carrega.<sup>28</sup>

Importante destacar as modalidades de transplantes existentes, podendo ser classificados segundo Madalena Lima<sup>29</sup> em:

- a) autotransplante – transferência de tecido ou órgão de um lugar para outro na mesma pessoa. Pode também ser denominado transplante autoplástico ou autólogo e é aquele em que o doador é também o receptor, sendo, portanto, transplantadas partes anatômicas dentro do mesmo organismo. Rita de Cássia Curvo Leite<sup>30</sup> acrescenta que um exemplo desta modalidade seriam as conhecidas “pontes de safena”;
- b) isotransplante ou transplante isogênico – transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários idênticos (exemplo: gêmeos monovulares); e
- c) homotransplante, alotransplante ou transplante alogênico – de tecido ou órgãos entre indivíduos do mesmo gênero, com diferentes caracteres hereditários (exemplo de um homem a outro).

Além das modalidades supracitadas, há uma classificação importante para entender o universo que norteia os transplantes, a qual dá-se pela divisão dos homotransplantes – já definidos anteriormente – em dois tipos: *inter vivos* e *post mortem*. Na primeira modalidade, tanto receptor quanto doador estão vivos. Já na segunda, o receptor é vivo, mas o doador é falecido, sendo necessária a comprovação da morte encefálica a partir de critérios objetivos, conforme será demonstrado a seguir.

26. FERNÁNDEZ, J. G. **10 Palavras-chave em Bioética**. Porto Alegre: Paulinas, 2000, p. 281.

27. *Id.*, *ibid.*

28. Embora este tenha sido o primeiro registro de transplante de coração, vale salientar que em 1951, David Hume tornou-se responsável pelo primeiro transplante de um órgão não regenerativo, que foi um rim, na cidade de Boston, utilizando um doador cadavérico na tentativa de salvar a vida de um paciente. Após, isso, durante quatro anos, Hume e Joseph E. Murray realizaram mais de dez transplantes de rins, usando doadores cadavéricos, porém a maioria dos transplantados morreram. Em 1953, no entanto, um transplante renal foi realizado e o transplantado sobreviveu por 6 meses. LAMB, D. **Transplantes de órgãos e ética**. São Paulo: Hucitec, 2000 p. 27.

29. LIMA, M. **Transplantes: elevância Jurídico-penal (Legislação actual)**. Portugal: Almedina, 1996. p. 26.

30. LEITE, R. C. C. **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 119.

### 3.2. Legislação

A lei brasileira que versa acerca dos transplantes de órgãos é a Lei nº 9.434/97,<sup>31</sup> regulamentada pelo Decreto Presidencial nº 9.175/17.<sup>32</sup>

Embora atualmente seja essa a lei que está em vigência, houve uma modificação muito importante em 2001, com a Lei nº 10.211/01, acerca do consentimento, alterando e colocando fim na doação presumida. A lei anterior preceituava o seguinte: “art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*”.<sup>33</sup>

O texto foi substituído pela seguinte redação:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).<sup>34</sup>

No que concerne à modalidade *post mortem*, a grande questão que a norteia é quanto à certeza da morte do doador. Nesse diapasão, Gafo Fernández salienta que “no caso de extração de órgãos procedentes de um cadáver, um aspecto fundamental é o da determinação, por critérios rigorosos, da morte do doador”.<sup>35</sup>

A Lei nº 9.434/97 especifica, no capítulo 2º,<sup>36</sup> como ocorrerá a doação *post mortem*, enfatizando, no art. 3º, que há a necessidade de comprovação da morte encefálica, sendo *conditio sine qua non* para a sua realização.

31. BRASIL. Lei nº 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. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/3nrh6XJ>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

32. BRASIL. Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3ivbOGU>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

33. BRASIL, 1997.

34. Id., ibid.

35. FERNÁNDEZ, 2000, p. 290.

36. CAPÍTULO II. DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE. Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. § 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º; §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. § 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde. § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica. Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001). Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001). Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais. Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas. Art. 7º (VETADO). Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia. Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. Disponível em: <<https://bit.ly/2F0lyKe>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

Nessa senda, foram definidos critérios específicos para o diagnóstico da morte encefálica pelo CFM na Resolução nº 1.480/97. Entretanto, a mencionada resolução foi revogada, sendo alterados os critérios em relação ao diagnóstico da morte encefálica. A Resolução nº 2.173/17<sup>37</sup> substituiu a anterior e atende ao que determina a Lei nº 9.434/97 e o recente Decreto Presidencial nº 9.175/17, anteriormente citado.

Antes, a confirmação da morte encefálica deveria ocorrer por meio de exames clínicos, realizados por médicos diferentes, e exames complementares, feitos em intervalos de tempos variáveis. Os exames complementares deveriam demonstrar ausência de atividade elétrica cerebral, de atividade metabólica cerebral ou de perfusão sanguínea cerebral.

Após a nova resolução, deverão ser realizados dois exames clínicos, por médicos diferentes, especificamente capacitados para confirmar o coma não perceptivo e a ausência de função do tronco encefálico; um teste de apneia; e um exame complementar que comprove a ausência de atividade encefálica. Esse exame deverá comprovar: ausência de perfusão sanguínea encefálica, ou de atividade metabólica encefálica ou de atividade elétrica encefálica, tratando-se de testes mais específicos, com o fito de proporcionar maior proteção e segurança às transplantações.

Por derradeiro, a título de complementação, vale destacar que o Sistema Único de Saúde (SUS) é o meio, mediante fila única, para que os transplantes de órgãos sejam efetivados, sendo totalmente gratuitos, razão pela qual a compra e venda de órgãos é crime previsto na Lei nº 9.434/97,<sup>38</sup> cuja pena é de reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

## 4. TRANSPLANTES DE ÚTERO

### 4.1. Pontos prós e contras: sucinta análise

O transplante de útero é recente em comparação com os demais tipos de transplantações de órgãos apresentados anteriormente, podendo ser, todavia, uma alternativa para aquelas mulheres que não puderam ter seu direito reprodutivo efetivado por outros meios, tais como as técnicas de reprodução assistidas expostas no primeiro capítulo.

De acordo com Goldim,<sup>39</sup> há divulgação pela imprensa leiga e pelo *International Journal of Gynecology & Obstetrics* de que um transplante de útero teria sido realizado em uma cidadã árabe, de 26 anos, na cidade de Jeddah, que não tinha risco de morte,

37. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM atualiza resolução com critérios de diagnóstico da morte encefálica. *CFM*, 12 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/30uYThZ>>. Acesso em: 20 ago. 2020. Íntegra: <<https://bit.ly/33tXGt3>>.

38. Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

39. GOLDIM, J. R. Transplante de útero: considerações éticas. *UFRS*, 12 mar. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2HV12Nn>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

mas, sim, o sonho de gerar uma vida, o que não foi possível pela maneira convencional. Além disso, ela estava impedida de recorrer à mãe substituta por razões religiosas, gerando controvérsias médicas e bioéticas em todo o mundo.

Segundo o autor,<sup>40</sup> a revista *Annals of the New York Academy of Sciences* publicou, em 2001, um artigo sobre a possibilidade do transplante de útero ser utilizado como uma alternativa reprodutiva para as pacientes com câncer. Esse artigo foi, conforme ressalta Goldim,<sup>41</sup> escrito por profissionais americanos e ingleses que defendem que esse procedimento deveria ser um objetivo a ser buscado. Nessa ocasião, o procedimento realizado em Jeddah havia sido divulgado apenas por meio da carta publicada na revista *The Lancet*, em setembro de 2000, em tom de denúncia.

Como referido por Goldim,<sup>42</sup> com a divulgação do relato de caso na sua íntegra, alguns médicos norte-americanos posicionaram-se de forma contrária alegando questões éticas, de custos e clínicas. De acordo com o autor, a questão da rejeição do útero transplantado foi a mais utilizada para posicionar-se de forma contrária à realização desse tipo de procedimento.

Os riscos envolvidos na realização da cirurgia de grande porte e na necessidade de utilização de drogas imunossupressoras é, segundo essa corrente, motivo suficiente para desencorajar a realização desse tipo de procedimento. O argumento ético utilizado é o de que não se pode submeter uma pessoa a esses procedimentos e tratamentos sem a justificativa de salvar a sua vida. Dessa forma, a relação risco/benefício seria desfavorável.

O item custos também foi levantado, conforme frisa Goldim,<sup>43</sup> pois esse tipo de tratamento geraria um volume de despesas capaz de inviabilizá-lo por motivos econômicos. Ou seja, a relação custo/benefício também seria altamente desfavorável. A alternativa proposta para essa situação é que existe a maternidade substitutiva para suprir essa impossibilidade reprodutiva da paciente.

De outro giro, os profissionais referidos por Goldim, que já haviam, em 2001, se declarado a favor, em 2002, novamente se manifestaram nesse sentido, sustentando que a realização de pesquisas, que visem a disponibilizar esse tipo de procedimento para mulheres com impedimentos religiosos ou portadoras de problemas uterinos que as impedem de gestar, deveriam ser encorajadas.

Em relação aos riscos, Goldim salienta que os do transplante de útero são grandes e passíveis de discussões, uma vez que o risco de qualquer procedimento é sempre maior

40. Id., *ibid.*

41. Id., *ibid.*

42. GOLDIM, 2002.

43. Id., *ibid.*

nas primeiras tentativas, destacando que, na história dos transplantes de órgãos, as taxas de sucesso iniciais eram mínimas, quando não nulas. Com o passar do tempo e com o acúmulo de experiências, a curva de aprendizagem foi se aprimorando e os resultados acabaram por refletir o acúmulo de conhecimentos, permitindo verificar se a realização do procedimento continua sendo justificada ou não.

Outro risco discutido e referido pelo autor<sup>44</sup> é o associado à possibilidade de rejeição do útero transplantado durante a gestação, acarretando a prematuridade ou a morte do bebê. O risco de interrupção devido à rejeição é atualmente desconhecido, caracterizando uma situação imprevisível, que não deve ser entendida como sendo risco nulo e, sim, como uma incerteza.

Por derradeiro, o autor<sup>45</sup> destaca que a questão dos custos associados ao procedimento é também relevante na discussão. A exemplo da relação risco/benefício, a dificuldade é cotejar um custo financeiro com um benefício subjetivo e pessoal.

Caso a comparação fosse feita entre o transplante de útero e a maternidade substitutiva, todos os custos de ambos deveriam ser levados em conta, cabendo, contudo, aos envolvidos sopesar todos esses riscos e custos, inclusive em relação às técnicas de reprodução humana assistida, e optar, a partir do respeito à autonomia, por uma técnica ou outra.

Sob esse aspecto, importante frisar a relevância de que o termo de consentimento livre e esclarecido faça menção aos riscos e benefícios desse tipo de transplante de órgãos, qual seja o de útero, o que inclui suas peculiaridades e particularidades, devendo a suposta receptora, bem como doadora, em caso da modalidade inter vivos, ter total esclarecimento de como a técnica funciona, a fim de preservá-las e resguardá-las.

Por conseguinte, foi possível aferir que há discussões quanto à prática envolvendo os transplantes de útero muito antes dos casos de sucesso noticiados em 2014 na Suécia e em 2016 no Brasil, conforme será exposto na sequência.

Os principais entraves dão-se em razão dos riscos inerentes à prática, bem como concernentes às particularidades do órgão a ser transplantado, qual seja gerar uma vida. Afinal, envolve não só o transplante em si, mas o nascimento com vida do bebê. Contudo, avanços em relação aos riscos já são possíveis, a partir do crescente número de transplantes realizados, bem como do aprimoramento técnico, cabendo, sempre, aos envolvidos diretamente no transplante de útero a escolha acerca da técnica.

44. Id., *ibid*.

45. GOLDIM, 2002.

## 4.2. Brasil e o emblemático caso de sucesso na modalidade *post mortem*

É cediço que as técnicas em relação aos transplantes de útero evoluíram muito desde 2001 e 2002, tanto que em 2016 foi realizado com sucesso o primeiro transplante de útero *post mortem*, no qual foi possível o nascimento de uma criança saudável. O estudo foi publicado pela conceituada revista científica *The Lancet* e demonstrou a existência de riscos, porém elucidou que a prática tem sido cada vez mais viável e segura.

O referido estudo<sup>46</sup> expõe que o transplante de útero se tornou realidade para tratar de infertilidade após uma bem-sucedida transplantação ocorrida em 2014 na Suécia, inspirando centros em todo o mundo. No entanto, é mencionado que nenhum caso de nascimento por meio de útero de doador falecido foi, de acordo com o conhecimento dos autores, alcançado com êxito, levantando dúvidas sobre sua viabilidade, incluindo se o útero permaneceria vivo após isquemia prolongada.

Porém, em 2016, conforme relatado no estudo,<sup>47</sup> uma mulher de 32 anos com Síndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hausner, ou seja ausência uterina congênita, foi submetida a um transplante uterino *post mortem*, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, no Brasil, gerando, em um evento inédito, um bebê. A doadora, que teve morte cerebral em razão de uma hemorragia, tinha 45 anos e três partos vaginais anteriores.

A receptora, segundo o estudo,<sup>48</sup> apresentou recuperação pós-operatória satisfatória e recebeu alta após 8 dias de observação no hospital, ocorrendo a primeira menstruação 37 dias após o transplante e regularmente a cada 26 a 32 dias posteriormente. A gravidez, por sua vez, ocorreu após a primeira transferência embrionária única 7 meses depois do transplante. No que toca especificamente ao parto, foi destacado que a cesariana ocorreu em 15 de dezembro de 2017, próximo à semana gestacional 36.<sup>49</sup> A menina nasceu com 2,5 kg e apresentou perfeito estado de saúde, assim como a mãe. As duas deixaram o hospital apenas 3 dias após o parto.

O estudo<sup>50</sup> relata, então, que o caso de 2016, ocorrido no Brasil, se mostra como uma prova para o tratamento da infertilidade uterina por transplante de um doador falecido, abrindo caminho para uma gravidez saudável para todas as mulheres com infertilidade do fator uterino, sem a necessidade de doadores vivos ou cirurgia de doadores vivos, que era considerada, antes, a única maneira.

De acordo com o relatado no estudo,<sup>51</sup> o uso de doadores mortos amplia muito o acesso a esse tipo de tratamento, sendo de suma importância o caso brasileiro,

46. EIJZENBERG, D. *et al.* Livebirth after uterus transplantation from a deceased donor in a recipient with uterine infertility. **The Lancet**, 04 dec. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3jytoLo>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

47. Id., *ibid.*

48. Id., *ibid.*

49. Id., *ibid.*

50. Id., *ibid.*

51. Id., *ibid.*

pois, em 2011, ocorreu uma tentativa infrutífera na Turquia, levando a uma gravidez malsucedida e um aborto.

Dessa maneira, esse estudo apresenta-se como um divisor de águas para a doutrina médica especializada, sendo inclusive referido pela *The Lancet* que há poucos estudos na literatura médica quanto ao tema, tendo sido feita uma análise sistemática utilizando *PubMed*, *LILACS* e *Cochrane Database*, limitando a pesquisa a publicações em inglês em pacientes humanos, no período de 1956 a maio de 2018.

No *PubMed*, a busca por termos (“útero” e “transplante” no Mesh) produziu 2377 estudos, incluindo 1412 em pacientes. Na LILACS, foram encontrados, segundo o estudo, 18 artigos na busca pelos termos “útero E transplante E humano”, mas foram classificados como irrelevantes. Verificaram-se, ainda, segundo o estudo,<sup>52</sup> 16 artigos no *Cochrane Database* por meio de uma pesquisa pelos termos “útero E transplante E humano”, mas também considerados irrelevantes pelos estudiosos.

Apesar dos avanços na pesquisa sobre transplante uterino em vários países, o estudo<sup>53</sup> destaca que foram encontrados apenas relatos de nascimentos após transplante uterino na série de nove casos em Gotemburgo (2014), na Suécia, e um em Dallas (2017), nos EUA. Esses nascimentos resultaram de transplantes uterinos de doadores vivos.

Salienta-se, ainda, que segundo o estudo,<sup>54</sup> o Brasil tem alta demanda, mas oferta insuficiente de doadores de órgãos sólidos. De acordo com a *The Lancet*,<sup>55</sup> a taxa de doadores no Brasil é de 16 por milhão de habitantes por ano e está aumentando anualmente. Em sua população de 220 milhões, essa estimativa rende cerca de 3.500 doadores por ano.

Portanto, o número de potenciais doadores de útero é alto, mas a implementação dos transplantes exigirá uma padronização nacional e o estabelecimento de alguma nova infraestrutura de apoio – desafios que todas as nações que desejam implementar programas similares devem superar, conforme destacado pelo estudo.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

O artigo buscou apresentar breves considerações acerca dos transplantes de útero, tendo em vista se tratar de técnica recente, em comparação com os transplantes de outros órgãos que datam de séculos atrás.

52. EJZENBERG, D. *et al.*, 2018.

53. Id., *ibid.*

54. Id., *ibid.*

55. Id., *ibid.*

Inicialmente, os direitos reprodutivos foram apresentados, uma vez que estão previstos tanto em nossa CF quanto em diplomas legais internacionais e tratam de um conjunto de normas que objetivam proporcionar aos homens e às mulheres o direito à escolha de formar ou não uma família.

Entretanto, muitas mulheres que optam por formar uma família são impossibilitadas por problemas de cunho reprodutivo, tal como é a infertilidade, tendo que recorrer às técnicas de fertilização que, muitas vezes, não surtem o efeito desejado, qual seja a gravidez.

Ademais, os transplantes de órgãos foram expostos e detalhados desde seu histórico até as modalidades existentes, quais sejam inter vivos e *post mortem*. Além, foram elencadas as normativas que disciplinam a temática no Brasil, a fim de situar o arcabouço teórico em que os transplantes de útero se encontram, sendo possível aferir que a morte encefálica é *conditio sine qua non* para a realização da modalidade *post mortem*.

Para tanto, há critérios rigorosos e objetivos, elencados na Resolução nº 2.173/17 do CFM, que revogou a Resolução nº 1.480/97, na intenção de possibilitar maior segurança aos transplantes de órgãos. Houve também, uma importante mudança legislativa, em 2001, em relação ao consentimento para que seja efetivado o transplante, de modo que hoje são os parentes que decidem quanto às transplantações em caso de morte do possível doador.

Outrossim, destacou-se, a título de complementação, que o SUS é o meio, mediante fila única, para que os transplantes de órgãos sejam efetivados, sendo totalmente gratuitos, razão pela qual a compra e venda de órgãos é crime previsto na Lei nº 9.434/97.

Os transplantes de útero foram, então, expostos a partir de breve histórico, apresentando as primeiras notícias acerca da modalidade inter vivos, bem como pontos prós e contras relatados por médicos, demonstrando-se haver, na classe médica, grande preocupação em relação aos riscos envolvendo os transplantes de útero. Contudo, a partir das reiteradas transplantações e evoluções da técnica, é possível sua realização de forma efetiva e cada vez mais segura.

Os custos também foram objeto de controvérsia. Porém, salientou-se que todos os riscos deverão ser aferidos pelos envolvidos no transplante de útero, que vão sopesar os pontos prós e contras, escolhendo qual é a melhor técnica a se submeter. Para tanto, suas crenças e convicções serão levadas em conta, sendo sempre necessário que se esclareçam quais são os riscos, em razão das peculiaridades desse tipo de transplantes, a partir de um termo de consentimento livre e esclarecido, protegendo, assim, tanto doadora, caso viva, quanto receptora.



Citou-se, ainda, que as primeiras tentativas de transplante de útero eram possíveis apenas na modalidade inter vivos, o que aumentava muito o risco de rejeições e contratempos.

Todavia, em 2016, ocorreu o primeiro transplante bem sucedido no Brasil. A exposição desse paradigmático caso de sucesso de uma mulher de 32 anos é o cerne do artigo que foi objeto de estudo científico publicado na revista *The Lancet*, tendo sido o primeiro caso em que se gerou um bebê saudável a partir do transplante de útero *post mortem*. A doadora, de 43 anos, já havia tido três partos e faleceu em decorrência de morte cerebral causada por uma hemorragia. A modalidade *post mortem* se apresentou, assim, como mais uma alternativa, ampliando o rol de opções para as transplantações de útero.

Desse modo, buscou-se, sem pretensão de esgotar a temática, apresentar os primeiros estudos e as notícias relacionados à prática envolvendo os transplantes de útero, que se apresentam como mais uma alternativa às mulheres com problemas de infertilidade e que não podem engravidar, sendo necessário, entretanto, constantes estudos e aprimoramento, bem como interesse da sociedade como um todo em conhecer melhor a técnica e a realidade dos transplantes de órgãos no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGONESE, M.; LAGO, M. C. S. Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 256-270, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3iwNap0>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

ÁVILA, G. N. **Da esperança aos dilemas: doação e comércio de órgãos humanos**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BARBOZA, H. H. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. **Revistas Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 549-558, ago. 2012. Disponível em <<https://bit.ly/34nEJHT>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 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. Brasília: Congresso Nacional, 1996. Disponível em: <<https://bit.ly/33tPoS3>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2TBmolC>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <<https://bit.ly/3nrh6XJ>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2GhZigV>>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017.** Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3ivbOGU>>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- CAVAGNA, M. Infertilidade conjugal e o tratamento com técnicas de reprodução assistida. *In*: SCALQUETTE, A. C. S. NICOLETTI CAMILLO, C. E. **Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica.** São Paulo: Atlas, 2015.
- CIOCCI, D.; BORGES JR, E. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?** São Paulo: Gaia, 2000.
- CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM atualiza resolução com critérios de diagnóstico da morte encefálica. **CFM**, 12 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/30uYThZ>>. Acesso em: 20 ago. 2020. Íntegra: <<https://bit.ly/33tXGt3>>.
- \_\_\_\_\_. Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. **Diário Oficial da União**, 24 set. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/33wZMbO>>.
- DANTAS, E. V. S.; CHAVES, M. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.** Rio de Janeiro: GZ, 2017.
- EJZENBERG, D. *et al.* Livebirth after uterus transplantation from a deceased donor in a recipient with uterine infertility. **The Lancet**, 04 dec. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3jytoLo>>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- FERNÁNDEZ, J. G. **10 Palavras-chave em Bioética.** Porto Alegre: Paulinas, 2000.
- GARCIA, V. D. Doação e transplante de órgãos. Enfoque do Doador e do Receptor. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., 1999. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. **Anais...** Porto Alegre: OAB/RS, 2000.
- GARCIA, V. D. *et al.* História dos Transplante: transplantes de órgãos e tecidos. *In*: GARCIA, V. *et al.* **Medina.** São Paulo: Segmento Farma, 2006.
- GAUER, R. M. C. **A modernidade portuguesa e a reforma pombalina de 1772.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- GOLDIM, J. R. Transplante de útero: considerações éticas. **UFRS**, 12 mar. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2HV12Nn>>. Acesso em: 05 ago. 2020.
- GOZZO, D. Reprodução humana assistida e autonomia existencial da mulher. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 1, n. 1, jul-dez. 2017. Acesso em: 28 ago. 2020.
- GOZZO, D.; PAGLIARI, I. C. Responsabilidade civil dos médicos e clínicas de reprodução humana assistida. *In*: KFOURI NETO, M.; NOGAROLI, R. **Debates contemporâneos em direito médico e da saúde.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- LAMB, D. **Transplantes de órgãos e ética.** São Paulo: Hucitec, 2000.
- LEITE, R. C. C. **Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, M. **Transplantes**: elevância Jurídico-penal (Legislação actual). Portugal: Almedina, 1996.

PATRÃO NEVES, M. C. *PMA*: Do Desejo de um Filho ao Filho Desejado. *In*: **Do Início ao Fim da Vida**: Actas do Colóquio de Bioética. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 2005. p. 118.

SANTOS, A. O.; PEREIRA, A. G. D.; DELDUQUE, M. C. Reprodução humana assistida: regulamentação no Brasil e em Portugal. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 16, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2F2ZgsD>>. Acesso em: 28 ago. 2020.



## A APLICAÇÃO DO CDC EM ATENDIMENTOS MÉDICOS REALIZADOS POR MEIO DO SUS: A (IM)POSSIBILIDADE DE SER PACIENTE-CLIENTE NESTES CASOS

THE APPLICATION OF THE CDC IN MEDICAL CARE CARRIED OUT THROUGH THE SUS: THE (IM)POSSIBILITY OF BEING A PATIENT-CLIENT IN THESE CASE

Érlon de Faria Pilati<sup>1</sup>

Julia Luéli Franco Vogel<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Breve histórico. 2. Características gerais do SUS. 3. Das decisões incongruentes proferidas pelo mesmo tribunal: relação jurídico-administrativa ou consumerista? 4. Recente entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Referência mundial no que tange ao acesso efetivo ao direito à saúde, o Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS) possui complexo modelo de gestão, que se realiza por meio de tributação recolhida e repassada aos municípios. Por meio deste artigo, buscar-se-á compreender as divergências decorrentes do entendimento nos processos de responsabilização civil em demandas judiciais sobre danos causados em atendimentos médicos realizados por meio do SUS. Nesses casos, paciente é um consumidor? Para esta pesquisa, buscaremos realizar um breve comparativo argumentativo e a análise de decisão recente (2020) tomada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

**Palavras-chave:** Sistema Único de Saúde. Código de Defesa do Consumidor. Relação médico-paciente. Relação jurídico-administrativa. Responsabilidade civil.

**Abstract:** A worldwide reference in terms of effective access to healthcare, the Brazilian Unified Health System (SUS) has a complex management model, which is carried out through tax collected and passed on to the municipalities. Through this article, we will seek to understand the divergences arising from the understanding in the processes of civil liability in lawsuits about damages caused in medical care performed through SUS. In these cases is the patient a consumer? For this research, we will seek to carry out a

1. Advogado, bacharelado em direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR) 1990-1994; pós-graduações em direito contratual e processo civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e direito internacional pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba); curso de mestrado executivo em gestão empresarial na Fundação Getúlio Vargas (FGV); consultor jurídico e científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem); especialista em direito médico pela Unicuritiba; membro da Comissão de Direito à Saúde e Médico da Ordem dos Advogados do Paraná (OAB/PR); vice-presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Medico (Asolademe); palestrante; e sócio da Pilati Advocacia com dedicação atual à defesa e gerenciamento de risco jurídico de médicos, clínicas e hospitais.

2. Acadêmica de direito da UFPR e assessora jurídica da Pilati Advocacia.

brief argumentative comparison and the analysis of a recent decision (2020) taken by the Third Panel of the Superior Court of Justice (STJ).

**Keywords:** Unified Health System. Consumer Protection Code. Doctor-patient relationship. Legal-administrative relationship. Civil responsibility.

## 1. BREVE HISTÓRICO

Sem ignorar os avanços e tratativas anteriores aos anos de 1980, que levaram à criação do que hoje chamamos de Sistema Único de Saúde (SUS), a análise aqui proposta utilizará como marco temporal sua efetiva criação em 1988.

Fundado na nova constituição e decorrente da reforma sanitária, a implementação do SUS se deu sob a perspectiva de que o “direito à cidadania é um dever do Estado”, consagrando os princípios da universalidade, equidade e integralidade. Em outras palavras, trata-se de um sistema cuja proposta visa garantir o acesso universal da população brasileira a bens e serviços de saúde, de modo equitativo e integral.

Gratuito e público, atinge toda a população brasileira, que irá utilizá-lo ao menos uma vez na vida, em razão de serviços que são prestados apenas por ele, como é o caso do Programa Nacional de Imunização (PNI).<sup>3</sup>

Tratando-se de um direito social, possui receita oriunda de contribuições sociais ou impostos, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), Imposto de Produtos Industrializados (IPI), impostos sobre o lucro (Confins), sobre os automóveis (IPVA) e sobre a moradia (IPTU).

Os recursos são repassados pelo Estado e União às Prefeituras, que devem destinar no mínimo 15%<sup>4</sup> de suas receitas para a saúde, conforme prevê a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Ou seja, todos, enquanto sociedade, contribuimos para sua manutenção e existência.

3. O PNI, criado em 1973, é responsável pela organização da política nacional de vacinação da população brasileira [...]. Ao longo de quatro décadas, o programa consolidou-se como o coordenador de uma relevante intervenção de Saúde Pública de caráter universal, a vacinação, contribuindo sobremaneira para a redução da morbidade e mortalidade por doenças transmissíveis no Brasil.

4. Art. 7º: Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

## 2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO SUS

Conforme afirma o Ministério da Saúde<sup>5</sup> (MS), o SUS é um dos maiores e mais estruturados do mundo, atendendo a uma infinidade de tratamentos e garantindo acesso universal, sem discriminações.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Os princípios doutrinários do SUS se referem à equidade, integralidade e universalidade.

A respeito da integralidade, Carvalho<sup>6</sup> define:

a integralidade também pode ser vista sob dois prismas. A integralidade vertical que lembra a necessidade de se ver o ser humano como um todo e não apenas como um somatório de órgãos e aparelhos. O segundo prisma é o da integralidade horizontal onde se entende que a ação deva abranger seus três enfoques: promoção, proteção e recuperação da saúde. Ver como um todo e agir nesse todo, integralmente.

Jesus<sup>7</sup> explica que “para enfrentar a questão da exclusão, da discriminação, das desigualdades (sociais, étnicas, de gênero, territoriais e econômicas), adotou-se o princípio da equidade, que tem a igualdade como principal forma de expressão”.

O MS<sup>8</sup> nos traz que “a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas [...]”.

Reconhecendo a desigualdade social brasileira, surge a necessidade de um sistema de saúde que possa atender a todos, sem distinções. O SUS atua nesse sentido. Portanto, a CF/88 determina que esse seja financiado pelas esferas federal, estadual e municipal de governo.

A partir da publicação da Portaria nº 3.992, de 28 de dezembro de 2017,<sup>9</sup> a transferência de recursos federais beneficiando o SUS passou a ser feita por intermédio de custeio e investimentos, dois blocos de financiamento. Até o momento, no entanto, os repasses eram realizados por meio de seis blocos. A mudança foi implementada para que os gestores pudessem decidir quais são as necessidades mais latentes da população e que necessitam de mais urgência na destinação.

5. BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <<https://bit.ly/3ddRf0v>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

6. CARVALHO, G. A saúde pública no Brasil. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 27, n. 28. Disponível em: <<https://bit.ly/36G3SQL>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

7. JESUS, W. L. A. *Princípios e Diretrizes do SUS*: expressões de uma luta histórica do povo brasileiro. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 155-164. Disponível em: <<https://bit.ly/2GsDhMu>>.

8. Id., *Ibid.*

9. BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.992, de 28 de dezembro de 2017. Altera a Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/36FWtRt>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Conforme explicação publicada no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES),<sup>10</sup> os estabelecimentos de saúde são todo e qualquer “espaço físico, edificado ou móvel, privado ou público, onde são realizadas ações e serviços de saúde, por pessoa física ou jurídica, e que possua responsável técnico, pessoal e infraestrutura compatível com a sua finalidade”.

No entanto, devido à imensidão das demandas de saúde, fez-se necessário que o SUS recorresse à ajuda da iniciativa privada. Partindo do pressuposto de que o Estado deve atender às necessidades da população, é possível que haja um serviço complementar para que isso ocorra. É admissível, conforme prevê a CF/88, art. 199 §1º, que a iniciativa privada participe do SUS. Além da Carta Magna, a Lei nº 8.666/93 regulamenta o que é permitido na esfera contratual envolvida pela Administração Pública. No entanto, essa junção nem sempre é embasada em trâmites formais.

Pompeu<sup>11</sup> esclarece algumas causas para a informalidade na relação entre os serviços privados e o SUS:

[...] a resistência da rede privada ao processo de contratação; dificuldades relacionadas à legislação brasileira em relação ao processo de contratação da rede privada; as dívidas da rede privada com o setor público, que devem ser sanadas para que se efetue o processo de contratação; e o modelo de financiamento utilizado atualmente pelo Ministério da Saúde que estimula a produção de serviços e desestimula o processo de contratação.

O autor<sup>12</sup> também nos traz a perspectiva de que o contrato entre o Estado e as entidades privadas difere muito dos contratos firmados apenas entre as instituições privadas. Isso se dá pelo motivo de que o Estado é plural, representa a coletividade. Em uma relação contratual entre entidades privadas, algumas prerrogativas seriam consideradas abusivas.

### **3. DAS DECISÕES INCONGRUENTES PROFERIDAS PELO MESMO TRIBUNAL: RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA OU CONSUMERISTA?**

Para aprofundar a reflexão a respeito da suposta relação de consumo nas relações entre médicos e pacientes atendidos no âmbito do SUS, faz-se, inicialmente, necessário entender quem é consumidor nos termos da lei.

O artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) nos traz que o consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço

10. BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS):** estrutura, princípios e como funciona. Brasília: MS, (s.d). Disponível em: <<https://bit.ly/3ddRf0v>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

11. POMPEU, J. C. B. **A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS:** alguns elementos para reflexão. 2004. 183 p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz Sergio Arouca, Rio de Janeiro, set. 2004. p. 3. Disponível em: <<https://bit.ly/2GLLfEM>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

12. Ibid.



como destinatário final”. Ademais, ressalta que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.<sup>13</sup> Subentende-se, portanto, que a relação de consumo diz respeito a toda aquela que está atrelada à troca pecuniária por um bem ou serviço.

A Constituição Federal de 1988 inseriu a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental pela primeira vez na história constitucional do Brasil. O constituinte foi mais além ao estabelecer que a defesa do consumidor é um dos princípios de ordem econômica. Além disso, para que concretamente houvesse uma proteção jurídica do consumidor, determinou em suas disposições transitórias que o Congresso Nacional elaborasse um código de defesa do consumidor.<sup>14</sup>

Com a evolução da sociedade e das relações de consumo, fez-se necessária a formalização da defesa do consumidor, reconhecendo que este representa a parte hipossuficiente da relação perante o fornecedor. “O Código de Defesa do Consumidor apresentou-se como uma necessidade social, ante os imperativos que se originaram da implementação da Sociedade de Consumo.”<sup>15</sup>

Atualmente, a relação entre médicos e pacientes vem sendo sistematicamente incluída sob a proteção da legislação consumerista. Prevê o artigo 6º, inciso I, do CDC, o direito básico de proteção à saúde, à vida e à segurança, preocupando-se com os valores de caráter extrapatrimonial do consumidor vulnerável, conforme explicita Maia.<sup>16</sup>

Partindo desse pressuposto, oriundo do entendimento de que o consumidor é sempre hipossuficiente, tem-se utilizado um raciocínio análogo para aplicá-lo também quando a relação médico-paciente se dá por meio do SUS. Nesse sentido, é a decisão de relatoria do desembargador paranaense Mário Helton Jorge:

o hospital e o médico ao prestarem atendimento a paciente atuaram como fornecedores de um serviço, motivo pelo qual a lide deve ser regida pelas normas e princípios da legislação consumerista. Destarte, o fato de a paciente ter sido atendida por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS) não afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de a apelante não ter realizado o pagamento pelo atendimento diretamente a apelada, o serviço prestado não pode ser considerado gratuito, tendo em vista que o hospital e o médico são remunerados, indiretamente, pelo Estado e pelos próprios cidadãos, em razão do pagamento de tributos.<sup>17</sup>

13. BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3m0IDOz>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

14. NISHIYAMA, A. M. A proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988: análise da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do consumidor. Unisul de Fato e de Direito: **Revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, [s.l.], v. 6, n. 10, p. 181-202, abr. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3lnClri>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

15. SIMÕES, A. G. Aparentamentos sobre a caracterização da relação de consumo. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 92, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3lmd8J1>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

16. MAIA, M. C. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 84, n. 21, p. 197-222, out/dez. 2012.

17. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTO PRESTADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REMUNERAÇÃO INDIRETA PELO ESTADO QUE NÃO DESCARACTERIZA A RELAÇÃO DE CONSUMO. PACIENTE E HOSPITAL QUE SE ENQUADRAM NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR, RESPECTIVAMENTE. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. INDENIZAÇÃO PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ART. 27, DO CDC). INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. (TJPR - 8ª C. Cível - 0002597-91.2018.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Desembargador Mário Helton Jorge - J. 26.02.2020).

Entretanto, há que se considerar uma sequência de normas e regras que regem as ações contra o Estado, que são independentes ao CDC em razão de suas peculiaridades e natureza jurídica. Viegas<sup>18</sup> nos traz a esse respeito:

na Constituição da República Federativa do Brasil, encontramos um conjunto de princípios e normas, os quais norteiam a atividade desempenhada pelos agentes encarregados de zelar pela coisa pública. Desse modo, conjugando as regras e os princípios que estruturam a Administração Pública Brasileira, tem-se o regime jurídico administrativo.

Levando-se em consideração que “[...] o Estado é o instrumento por excelência de ação coletiva da nação e da sociedade civil”, conforme sintetiza Pereira (2010),<sup>19</sup> diferenciam-se os vieses de responsabilidade que assume.

[...] o Estado tem responsabilidade objetiva pelos danos que os seus agentes causem aos particulares. E podemos dizer também que o agente público tem responsabilidade subjetiva, responde pelo dano perante o Estado ao qual serve, se tiver agido dolosa ou culposamente, vale dizer, se tiver agido com o propósito de causar o dano, ou se tiver agido com imprudência, negligência ou imperícia.<sup>20</sup>

Ainda que realizados por empresas privadas mediante contratos de prestação de serviços, os atendimentos clínicos efetivados ainda são de caráter público. Tal é o caso de hospitais e médicos que prestam atendimento para o SUS a fim de “desafogar” as Unidades Básicas de Saúde (UBS), Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e hospitais públicos de toda natureza, bem como prestam atendimento especializado quando esse não pode ser realizado de forma direta. Nesse sentido, contribui Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] nos simples contratos de prestação de serviço, o prestador do serviço é simples executor material para o Poder Público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de consequente, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. [...] Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material.<sup>21</sup>

18. VIEGAS, C. M. A. R. O regime jurídico administrativo. *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3iF8h8I>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

19. BRESSER-PEREIRA, L. C. A construção política do Estado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 81, p. 117-146, 2010. Disponível em <<https://bit.ly/3lmkyRh>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

20. MACHADO, H. B. Responsabilidade civil do agente público por danos ao cidadão. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2HXGnlu>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

21. MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sob essa perspectiva, utilizando o conjunto de normas voltadas às atividades exercidas pelo Estado e as responsabilizações delas decorrentes, decidiu o mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob a relatoria do desembargador José Sebastião Fagundes Cunha:

todavia, conforme orientação desta Corte de Justiça, no caso em apreço a relação material existente entre a agravada e o agravante é jurídico-administrativo e não consumerista. Isso porque, falta o requisito da remuneração direta no serviço de saúde prestado pela agravante, na medida que seu custeio é feito mediante receitas tributárias, não havendo que se falar em relação de consumo e, conseqüentemente, aplicação das normas do CDC.<sup>22</sup>

Cumprе salientar que o reconhecimento da hipossuficiência técnica do paciente não possui confluência instantânea com a aplicação do CDC. A um, porque a hipossuficiência presente é técnica e não econômica. A dois, porque existe a possibilidade de constatação de hipossuficiência técnica do paciente e consequente distribuição dinâmica ou até inversão do ônus, para fins de produção de provas processuais, sem a obrigatoriedade de reconhecer nessa relação uma racionalidade consumerista.

Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade de um dano.<sup>23</sup>

Portanto, trata-se aqui de relação jurídico-administrativa, e não consumerista. Para além, o raciocínio de que a não incidência do CDC seria privilegiar a não responsabilização do Estado frente a situações de dano (independente de qual seja) é infundada, visto que o §6º, art. 37 da CF/88, já previa a responsabilização anteriormente<sup>24</sup> e parece dar conta da proposta para a qual foi pensada pelo legislador.

22. EMENTA AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO EM CENTRO HOSPITALAR VINCULADO AO SUS. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. BENESSE DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU, COM ESTEIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INSURGÊNCIA RECURSAL QUANTO A AUSÊNCIA DE LLAME ENTRE 'SERVIÇO OFERTADO PELO SUS RELAÇÃO DE CONSUMO'. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DEX REMUNERAÇÃO DIRETA, O QUE DESQUALIFICARIA A CONDIÇÃO DE 'CONSUMIDOR' DO PACIENTE. PEDIDO RECURSAL QUE MUITO EMBORA SEJA PLAUSÍVEL NÃO MERECE PROSPERAR EM RAZÃO DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE AMPARAM A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO MATERIAL EXISTENTE ENTRE A AGRAVADA E O AGRAVANTE QUE É JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ART. 37, § 6º DA CF. PROVA 'DIABÓLICA'. AGRAVANTE QUE DETÉM MAIORES CONDIÇÕES DE INSTRUIR A LIDE. INVERSÃO PROBATORIA MANTIDA, MAS POR OUTROS FUNDAMENTOS. CITA PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 3ª C. Cível - 0042610-35.2018.8.16.0000 - Arapongas - Rel.: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha - J. 19.03.2019) (TJ-PR - AI: 00426103520188160000 PR 0042610-35.2018.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha, Data de Julgamento: 19/03/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/03/2019).

23. Ibid.

24. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

## 4. RECENTE ENTENDIMENTO MANIFESTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Diante da dualidade de entendimentos citados acima, valiosa se faz a análise da decisão de Recurso Especial Cível nº 1.771.169<sup>25</sup> de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, proferida em 8 de agosto de 2020, que tratou acertadamente sobre o tema.

Trata-se originariamente de ação indenizatória que versa sobre suposto erro médico em atendimento custeado pelo SUS, que foi julgado procedente pelo juízo de primeira instância.

Interpostos recursos de apelação por ambas as partes, foram negados os pedidos. Embargos de declaração interpostos pelo réu foram rejeitados.

Recursos especiais foram interpostos pelos réus conforme o principal fundamento sob a alegação de violação do art. 206, V, do Código Civil (CC), Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002,<sup>26</sup> além do dissídio jurisprudencial visto que o entendimento do STJ seria de que a “prestação de serviço público não configura relação de consumo”. Também sustentaram que não há possibilidade de considerar que suposto dano decorrente de um atendimento custeado pelo SUS possua subordinação às regras previstas à legislação consumerista, já que foram ausentes quaisquer formas de remuneração ou contratação direta dos profissionais médicos.

A principal controvérsia tratada no recurso especial refere-se à aplicação do prazo prescricional disposto na legislação consumerista ou no CC.

25. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚM. 284/STF NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. MORTE DE PACIENTE ATENDIDO EM HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INDIVISÍVEL E UNIVERSAL (UTI UNIVERSI). NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. ART. 1º-C DA LEI 9.494/97. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ALEGADA MÁ VALORAÇÃO DA PROVA. CULPA DOS MÉDICOS E CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de compensação de dano moral ajuizada em 06/09/2011, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, interpostos em 16/03/2018, 10/04/2018 e 13/04/2018, e atribuídos ao gabinete em 25/10/2018. 2. O propósito recursal consiste em decidir sobre: (i) a prescrição da pretensão deduzida, relativa à responsabilidade civil dos médicos pela morte do paciente, em atendimento custeado pelo SUS; (ii) a valoração da prova quanto à culpa dos médicos e à caracterização do dano moral; (iii) o valor arbitrado a título de compensação do dano moral. 3. Os argumentos invocados pela recorrente não demonstram como o Tribunal de origem ofendeu os dispositivos legais indicados, o que importa na inviabilidade do recurso especial (súm. 284/STF). 4. É inviável o recurso especial em que não se aponta violação de qualquer dispositivo infraconstitucional (súm. 284/STF). 5. A mera referência à ocorrência de omissão e contração, sem demonstrar, concreta e efetivamente, em que consistiriam tais vícios, não é apta a anulação do acórdão por negativa de prestação jurisdicional. 6. Segundo estabelecem os arts. 196 e seguintes da CF/1988, a saúde, enquanto direito fundamental de todos, é dever do Estado, cabendo à iniciativa privada participar, em caráter complementar (art. 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990), do conjunto de ações e serviços que visa a favorecer o acesso universal e igualitário às atividades voltadas a sua promoção, proteção e recuperação, assim constituindo um sistema único - o SUS -, o qual é financiado com recursos do orçamento dos entes federativos. 7. A participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde se formaliza mediante contrato ou convênio com a administração pública (parágrafo único do art. 24 da Lei 8.080/1990), nos termos da Lei 8.666/1990 (art. 5º da Portaria nº 2.657/2016 do Ministério da Saúde), utilizando-se como referência, para efeito de remuneração, a Tabela de Procedimentos do SUS (§ 6º do art. 3º da Portaria nº 2.657/2016 do Ministério da Saúde). 8. Quando prestado diretamente pelo Estado, no âmbito de seus hospitais ou postos de saúde, ou quando delegado à iniciativa privada, por convênio ou contrato com a administração pública, para prestação às expensas do SUS, o serviço de saúde constitui serviço público social. 9. A participação complementar da iniciativa privada - seja das pessoas jurídicas, seja dos respectivos profissionais - na execução de atividades de saúde caracteriza-se como serviço público indivisível e universal (uti universi), o que afasta, por conseguinte, a incidência das regras do CDC. 10. Hipótese em que tem aplicação o art. 1º-C da Lei 9.494/97, segundo o qual prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. 11. Não há como alterar as conclusões do Tribunal de origem, relativas à configuração da conduta culposa dos médicos e à caracterização do dano moral, sem o vedado reexame de fatos e provas (súmula 07/STJ). 12. As circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da condenação a título de compensação por dano moral são de caráter personalíssimo, de modo que, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acordãos serão sempre distintos, o que impossibilita a comparação para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. Precedentes. 13. Entre os acordãos trazidos à colação, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência (arts. 1.029, § 1º, do CPC/15 e 255, § 1º, do RISTJ). 14. Recurso especial de JOSÉ ARNALDO DE SOUZA e RITA DE CASSIA MORAIS DE MENDONÇA não conhecidos. Recurso especial de RODRIGO HENRIQUE CANABARRO FERNANDES conhecido e desprovido. (STJ - REsp: 1771169 SC 2018/0258615-4. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/05/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 29/05/2020).

26. Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:

V - a pretensão de reparação civil.

A ilustre ministra entendeu a controvérsia utilizando-se das lentes do direito administrativo, que claramente soam adequadas, porquanto “prestado diretamente pelo Estado, no âmbito de seus hospitais ou postos de saúde, ou quando delegado à iniciativa privada, por convênio ou contrato com a administração pública, para prestá-lo às expensas do SUS, o serviço de saúde constitui serviço público social”.

Parafraseando a douta ministra, a prestação de serviços de saúde de modo complementar pela iniciativa privada se efetiva por meio de contratos ou de convênios com a administração pública e utiliza, como baliza para remuneração, a tabela de procedimentos do SUS.<sup>27</sup>

Para fundamentar sua decisão, utilizou-se dos princípios basilares dos direitos civil e administrativo, que dividem as prestações de caráter público em duas: as de caráter universal (*uti universi*) e as singulares (*uti singuli*). Vários são os argumentos nesse sentido:

[...] grande parte da doutrina tem entendido que somente aqueles serviços públicos prestados diretamente ao usuário (*uti singuli*), mediante contraprestação ou remuneração específica ao fornecedor, por meio de tarifa ou preço público (que não são tributos), se enquadram no CDC, como é o caso, por exemplo dos serviços de fornecimento de energia elétrica, água, de telefonia, dos correios e dos pedágios. Por outro lado, não se considera caracterizada a relação de consumo quando a atividade é prestada diretamente pelo Estado e custeada por meio de receitas tributárias, como é o caso do ensino público, dos serviços de saúde pública, assistência e previdência social.<sup>28</sup>

Portanto, a execução de atividades de saúde, ainda que por empresas privadas, mas por meio de contratos públicos, “caracteriza-se como serviço público indivisível e universal (*uti universi*), o que afasta, por conseguinte, a incidência das regras do CDC”.<sup>29</sup>

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

A responsabilização decorrente de dano ou prejuízo pode nascer de qualquer relação social e, para diferentes situações fáticas, há a incidência das normas jurídicas, que abrangem cada uma dessas relações especificamente.

Se, para cada instituto jurídico, há uma norma correspondente à luz da sua natureza, sob seus desdobramentos e efeitos produzidos aplicar-se-á, portanto, a norma proporcional.

27. A tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais foi recentemente alterada e contou com diversas inclusões, alterações e exclusões nos procedimentos realizados por meio do SUS. A Portaria nº 526, de 24 de junho de 2020, já está em vigor e incluiu procedimentos relacionados a todos os profissionais de saúde, não apenas como médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem, mas também de cirurgiões-dentistas, farmacêuticos, fisioterapeutas, nutricionistas e fonoaudiólogos e incluiu em seu rol novos procedimentos como a teleconsulta na atenção primária.

28. Concordam neste sentido José Geraldo Brito Filomeno, Cláudia Lima Marques, Adalberto Pasqualotto, Geraldo Ataliba, Marçal Justen Filho e Alexandre Santos Aragão.

29. Id.

Tratando-se de relação de natureza contratual administrativo-jurídica, não há que se falar em aplicação do códex consumerista em ações que versam sobre procedimentos realizados por meio do SUS, já que são regidos e fundados em norma correspondente específica, encontrada no direito administrativo brasileiro.

Analogias entre o serviço prestado por intermédio de um sistema coletivo e de caráter universal e um privado, no qual exista a contraprestação pecuniária, são ilógicas, já que a conquista do direito integral à saúde, que é proposta pela CF/88, vai na completa contramão da mercantilização.

Ora, se a prestação possui caráter coletivo e global, impossível analisá-lo sob um viés individualista de mercado. Segundo Bravo:<sup>30</sup>

[...] a universalidade da saúde além de ser um dos fundamentos centrais definido no projeto de Reforma Sanitária, tem sido um dos princípios que tem provocado maior resistência, visto que o projeto da saúde articulada ao mercado é guiado por concepções individualistas e fragmentadoras da realidade, que se contrapõe às concepções coletivas e universais do SUS.

À vista do exposto, resta evidente a impossibilidade do paciente que recebe atendimento médico em sentido amplo por intermédio do SUS ser caracterizado como consumidor-cliente do médico-fornecedor. Tal conclusão se embasa em três fundamentos principais: i) da ausência da contraprestação direta por se tratar de atividade fora de comércio; ii) dos princípios que regem o SUS, principalmente o da Universalidade; e iii) da necessidade de análise de eventuais responsabilizações por meio de uma ótica administrativa e não consumerista.

30. BRAVO, M. I. S. Política de saúde no Brasil. In: MOTA, A. E. et al. (Org.). **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**. São Paulo: OPAS; OMS; Ministério da Saúde, p. 88-110, 2006.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIA, M. S. Elementos do contrato. **Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2FcO3FY>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/33FyoZf>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990, p. 1. Disponível em: <<https://bit.ly/2Fc7oag>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 set. 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/35gAQ99>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 2012, p. 5. Disponível em: <<https://bit.ly/3iDqOCG>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES)**. Institucional. Disponível em: <<https://bit.ly/2SAqAl6>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Brasília: MS, Disponível em: <<https://bit.ly/3ddRf0v>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso de Apelação Cível nº 0002597-91 (2018.8.16.0194). Relator: Desembargador Mário Helton Jorge. Paraná, 21 de março de 2020. 8ª Câmara Cível. Data de Publicação: 26 de fevereiro 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0042610-35. (2018.8.16.0000). Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha. Paraná, 19 de março de 2019. 3ª Câmara Cível. Data de publicação: 20 de março 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1771169 SC 2018/0258615-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de março de 2020. T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: 29 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.992, de 28 de dezembro de 2017. Altera a Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do Sistema Único de Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/36FWtRt>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 526, de 24 de junho de 2020. Inclui, altera e exclui procedimentos da Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Órteses, Próteses e Materiais Especiais do SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jul. 2020, p. 49. Disponível em: <<https://bit.ly/36H3r8I>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRAVO, M. I. S. Política de saúde no Brasil. *In*: MOTA, A. E. *et al.* (Org.). **Serviço Social e Saúde**: formação e trabalho profissional. São Paulo: OPAS; OMS; Ministério da Saúde, 2006.

- BRESSER-PEREIRA, L. C. A construção política do Estado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 81, p. 117-146, 2010. Disponível em <<https://bit.ly/3lmkyRh>>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BROOCKE, B. M. S. V. D.; EFING, A. C. A defesa do usuário da saúde pública em juízo conforme a teoria maximalista do direito do consumidor frente à distribuição dinâmica do ônus probatório. **Revista de Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 113-143, jan./jun. 2017. Disponível em <<https://bit.ly/36ND0OC>>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- CARVALHO, G. A saúde pública no Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 27, n. 28. Disponível em: <<https://bit.ly/36G3SQL>>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- CUNHA, D. Ação de indenização contra a Administração Pública. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3d7LzVL>>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- JESUS, W. L. A. de. Posfácio: **Princípios e Diretrizes do SUS**: expressões de uma luta histórica do povo brasileiro. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 155-164. Disponível em: <<https://bit.ly/3nqLjWJ>>.
- MACHADO, H. B. Responsabilidade civil do agente público por danos ao cidadão. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2HXGnIu>>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- MAIA, M. C. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, v. 84, n. 21, p. 197-222, out/dez. 2012.
- MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NISHIYAMA, A. M. A proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988: análise da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do consumidor. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, [s. l.], v. 6, n. 10, p. 181-202, abr. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3lnClri>>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- POMPEU, J. C. B. **A situação contratual da rede hospitalar privada vinculada ao SUS**: alguns elementos para reflexão. 2004. 183 p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Sistemas e Serviços da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz Sergio Arouca, Rio de Janeiro, set. 2004.
- SILVA JUNIOR, J. B. 40 anos do Programa Nacional de Imunizações: uma conquista da Saúde Pública brasileira. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 7-8, mar. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2SBPtNm>>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- SIMÕES, A. G. Apontamentos sobre a caracterização da relação de consumo. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 92, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3lmD8J1>>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- SOARES, S. C. A. Responsabilidade criminal do médico embasado no Código de Ética Médica. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 82, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/36DRUak>>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- SOUSA, A. M. C. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. **Rev. Katálysis**, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, dez. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3lg4jFo>>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- TIMI, J. R. R. O médico e os direitos do paciente. **Jornal Vascular Brasileiro**, São Paulo, v. 2, n. 3. 2003.
- VIEGAS, C. M. A. R. O regime jurídico administrativo. **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3iF8h8I>>. Acesso em: 25 ago. 2020.



## PERFIL DO PACIENTE QUE LITIGA CONTRA O CIRURGIÃO PLÁSTICO NO BRASIL

### PROFILE OF THE PATIENT WHO LITIGATE AGAINST THE PLASTIC SURGEON IN BRAZIL

Alina da Cunha El Jundi<sup>1</sup>

Sami A. R. J. El Jundi<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil do médico. 3. Tipos de responsabilidade e de obrigações. 4. A inversão do ônus da prova. 5. A responsabilidade de terceiros. 6. O perfil dos pacientes litigantes. 7. Metodologia do presente estudo. 8. Resultados. 9. Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A judicialização da saúde vem crescendo cada vez mais no mundo, e, no Brasil, não é diferente. Profissionais da saúde vêm sendo processados por seus pacientes por diversos motivos e há algumas áreas e especialidades que se sobressaem com relação às outras. Na medicina, as especialidades mais demandadas são a obstetrícia e a cirurgia-plástica, pois lidam com expectativas muito altas de pacientes. Este artigo tem o intuito de demonstrar qual o perfil do paciente litigante contra cirurgiões-plásticos, no contexto atual brasileiro, por meio de uma análise de 78 ações cíveis. Os resultados encontrados foram que a maioria dos pacientes litigantes são mulheres, de 20 a 35 anos de idade, já insatisfeitas com seus corpos e que buscam na cirurgia plástica estética um mecanismo mágico de solução de um conjunto de problemas existenciais e materiais. O artigo abordará, além da pesquisa, questões da responsabilidade civil do médico e tem o intuito de demonstrar o perfil do paciente litigante e orientar condutas e medidas preventivas do conflito.

**Palavras-chave:** Cirurgião-plástico. Perfil do paciente. Judicialização da saúde. Responsabilidade civil subjetiva. Obrigação de resultado.

1. Advogada, graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Médico e Odontológico. Membro da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico (Asolademe). Membro da Comissão da Saúde, da Associação Brasileira de Advogados, do Rio Grande do Sul.

2. Médico, inscrito no Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) sob nº 23935, especialista em Clínica Médica (RQE 16346) e em Medicina Legal e Perícia Médica (RQE 35128), certificado em dor-angiologia médica pela Sociedade Brasileira do Estudo da Dor (SBED) com pós-graduação em tratamento da dor e Medicina Paliativa pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA/UFRGS); pós-graduado em Toxicologia Forense pela Feevale e University of Florida (USA); mestre em medicina forense pela Universitat de Valencia (Espanha) e especialista em Direito Médico pela ESJV/RS. É professor de Criminalística, Medicina Legal e Psicopatologia Criminal e professor do Programa de Pós-graduação (PPG) em Direito Penal e Política Criminal da Faculdade de Direito da UFRGS, professor convidado do Master em Medicina Forense da Universitat de Valencia, patologista forense do Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU (OHCHR/UN), perito criminal do Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul (IGP/RS) e ex-perito médico legista do IGP/RS. É também membro do Conselho Editorial da Revista Perspectivas da Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas (ABMLPM), revisor da Revista Biotética do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Presidente da Academia de Valoración del Daño Corporal del Mercosur, já tendo atuado como perito independente do Comitê Estadual de Combate à Tortura do RS, da Procuradoria de Defesa dos Direitos do Cidadão do MPF/RS, da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e do Programa de Apoio aos Direitos Humanos da União Europeia na América Latina (PADH/EU).

**Abstract:** Litigation in healthcare is growing more and more in the world, and in Brazil it is no different. Health professionals have been sued by their patients for a variety of reasons and there are some areas and specialties that stand out in relation to others. In medicine, the most demanded specialties are obstetrics and plastic surgery, as they deal with very high expectations of patients. This article aims to demonstrate the profile of the litigant patient against plastic surgeons, in the current Brazilian context, through an analysis of 78 civil claims. The results found were that most of the litigating patients are women, from 20 to 35 years old, already dissatisfied with their bodies, that seek in aesthetic plastic surgery a magical mechanism to solve a set of existential and material problems. The article will address, in addition to research, questions of the physician's civil liability and is intended to demonstrate the profile of the litigant patient and guide conduct and conflict preventive measures.

**Keywords:** Plastic surgeon. Patient profile. Litigation in healthcare. Subjective civil liability. Result obligation.

## 1. INTRODUÇÃO

O indivíduo busca um médico quando sofre, isto é, ao apresentar sintomas e/ou sinais que produzem dor ou angústia, colocando-o na condição de desamparo e vulnerabilidade. Quando o consultante – que sofre – passa para a posição de paciente, há um processo no qual o sujeito aceita o conhecimento, a experiência e, em certa medida, a autoridade do médico, na expectativa de que seu sofrimento seja aliviado. Como ensina Borges:<sup>3</sup>

a enfermidade, real ou imaginária, que angustia o enfermo é consecutório da insolência narcisista do *eu* que se percebe débil e vulnerável e que é capaz de mobilizar os diversos mecanismos defensivos aptos a determinar as posturas subjetivas que ele adotará nessa relação e no enfrentamento da enfermidade.

A cirurgia plástica, especialidade médica regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM),<sup>4</sup> vem do termo *plastikós* (grego) e diz respeito à forma, ou seja, é a cirurgia da forma. Assim como o artista plástico cria e modela sua arte, o cirurgião plástico modifica, corrige, repara e melhora as formas do corpo humano. Tal espécie cirúrgica visa a tratar doenças e deformidades (anatômicas, congênitas, degenerativas etc.), com o objetivo de oferecer qualidade de vida ao paciente.<sup>5</sup> Essa especialidade, por sua vez, constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social.

3. BORGES, G. Erro médico nas cirurgias plásticas. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 73. Apud: MILMANIENE, J. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI C.; WEINGARTEN, C. (Dir.). *Tratado de derecho a la salud*. Buenos Aires: La Ley, 1. ed., p. 3-11, 2012.

4. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.621/2001. A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jun. 2001, seção I, p. 40. Disponível em: <<https://bit.ly/3rCKZW>>.

5. BORGES, 2014, p. 123.

O cirurgião plástico lida com a insatisfação do paciente e, mais, com a expectativa que este deposita em sua perícia, uma vez que a cirurgia plástica tem um viés estético, pois, mesmo quando se trata de uma cirurgia totalmente reparadora, a esperança com aquele procedimento é a obtenção de um resultado mais agradável aos olhos, mais “bonito” e esteticamente melhorado.

Atualmente, o corpo-imagem apresenta-se não só como determinante da felicidade e busca de aceitação social, mas também como fundamento da autoestima. Nesse sentido, a questão é mais complexa do que somente um capricho embelezador, eis que diz respeito ao bem-estar do indivíduo e ao seu estado de saúde.<sup>6</sup> Além disso, a estética está associada à satisfação com a vida e à percepção de segurança financeira.<sup>7</sup>

Classicamente, a cirurgia plástica pode ser dividida em duas espécies: a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutiva e a cirurgia plástica estética ou cosmética. A primeira destina-se à correção de defeitos congênitos ou adquiridos, com fim curativo; a segunda, tem como intuito o embelezamento. Entretanto, trata-se de divisão arbitrária, de finalidade meramente didática, posto que todo procedimento reparador (anatômico ou funcional) possui também um objetivo estético; e todo procedimento cosmético visa à reparação de algo que produz incômodo, senão claramente anatômico ou funcional, ao menos psíquico. De acordo com El Jundi,<sup>8</sup>

se em termos genéricos já é arbitrária uma divisão da cirurgia plástica em dois ramos - um terapêutico-fundamental e um estético-fútil - o presente estudo sepulta de vez essa perspectiva já filosófica, social e cientificamente superada da dualidade mente-corpo.

Nesse sentido, a cirurgia plástica possui viés, ao mesmo tempo, tanto morfológico quanto funcional.<sup>9</sup>

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Os fundamentos da responsabilidade civil são: conduta, nexo de causalidade, dano e culpa. Conduta é toda ação ou omissão que venha a causar dano a outrem, sendo que, para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever jurídico de não se abster de praticar determinado fato e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado.<sup>10</sup> O nexo de causalidade é a relação de causa e

6. BORGES, 2014, p. 151.

7. CAMPANA, A. N. N. B.; FERREIRA, L.; TAVARES, M. C. G. F. Associações e diferenças entre homens e mulheres na aceitação de cirurgia plástica estética no Brasil. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, v. 27, n. 1, 2012, p. 113.

8. EL JUNDI, S. A. R. J. *Parecer médico legal preliminar nº 2016.10.1.007092-0*. Santa Maria, RS: 1ª Vara Cível, 2017.

9. BORGES, 2014, p. 129.

10. GONÇALVES, C. R. *Direito das obrigações, parte especial, tomo II: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

efeito entre a conduta e o dano, em outras palavras, é aquilo que conecta os dois, sendo que as excludentes do nexo de causalidade geram a interrupção ou obstrução do nexo. Em contrapartida, o dano é o prejuízo suportado por alguém, seja corpóreo ou incorpóreo,<sup>11</sup> o qual deve ser presente e efetivo, não cabendo reparação de dano hipotético ou eventual. Finalmente, o elemento culpa *stricto sensu* (em sentido específico) é o desrespeito a um dever preexistente relacionado a três modelos jurídicos: imperícia, negligência ou imprudência.<sup>12</sup>

A responsabilidade civil do cirurgião plástico é a aplicação de sanção indenizatória que o obriga a reparar o dano patrimonial e extrapatrimonial praticado contra seu paciente em razão de ato médico. Além do mais, essa responsabilidade, o interesse diretamente lesado é o privado, diferentemente do que ocorre na esfera penal.<sup>13</sup>

Salvo excepcionalidade, não é esperado que o médico venha a agir com dolo,<sup>14</sup> sendo necessário comprovar a sua conduta culposa, a fim de que lhe atribua a responsabilidade de reparar o dano causado, insculpida nos artigos 186, do Código Civil (CC),<sup>15</sup> e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).<sup>16</sup>

### 3. TIPOS DE RESPONSABILIDADE E DE OBRIGAÇÕES

Muito se confunde os tipos de obrigação (de meios e de resultado) com os tipos de responsabilidade civil (objetiva e subjetiva). Faremos uma breve distinção, essencial para a compreensão geral da temática aqui abordada.

A obrigação de meios ou de diligência é aquela em que o profissional está obrigado a empenhar-se para perseguir o resultado, mesmo que esse não seja alcançado.

Por outra via, na obrigação de resultado ou de fim, a prestação só é cumprida com a obtenção do resultado.

Em regra, os atos dos médicos desenvolvem-se como sendo obrigação de meios, que abarcam os profissionais liberais em geral e os da saúde em particular. O profissional se obriga a utilizar todo o seu conhecimento e os seus meios disponíveis para tratar o

11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *In:\_\_\_\_\_ Súmulas STJ*. Brasília, 1990a. Disponível em: <<https://bit.ly/3jLKhIM>>. **Súmula 37**: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. (além dos danos estéticos – grifo nosso).

12. "A culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta". TARTUCE, F **Direito Civil 2: direitos das obrigações e responsabilidade civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 347. No direito brasileiro, existem três modalidades de culpa: a imperícia, conceituada como a falta de perícia do profissional, ou seja, deduz-se que ele é expert naquilo mas acabando incorrendo em culpa pela imperícia, por falta de capacidade técnica para aquilo (art. 951, Código Civil); a imprudência, que seria uma ação com uma falta de cuidado (art. 186, Código Civil); e, por fim, a negligência, pela falta de cuidado do profissional, através de um não fazer, uma omissão (art. 186, Código Civil). Id., *Ibid*.

13. GONÇALVES, 2013, p. 18.

14. Intenção, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

15. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. n. 1, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/217ObYd>>. Art. 186, Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

16. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3jBxvo>>. Art. 14, 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. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

paciente, sem vincular-se à obtenção de um determinado resultado (p. ex. a cura), por entender que esse é determinado por variáveis fora do alcance do profissional.

Contribui Dantas:<sup>17</sup>

isto ocorre porque a atividade médica, por definição, está sujeita ao acaso, ao imprevisível comportamento da fisiologia humana, que por vezes insiste em desafiar o senso comum, os prognósticos mais acurados, e às expectativas mais prováveis.

Como regra geral, a obrigação de meios se faz acompanhar da responsabilidade subjetiva, ou seja, aqueles profissionais que assumem a obrigação de meios só respondem pelos danos eventualmente decorrentes de sua atividade se provado que agiram com culpa estrita ou *stricto sensu*, isto é, subjetivamente.<sup>18</sup>

A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais decorre da previsão expressa do artigo 14, § 4º, do CDC,<sup>19</sup> e do artigo 951,<sup>20</sup> do CC.<sup>21</sup> Nesse sentido, explica Gonçalves:<sup>22</sup>

(...) diz-se ser 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.

Diferente é a responsabilidade objetiva, a qual prescinde da verificação da culpa com esteio na teoria do risco do negócio, o que significa que 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).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que os profissionais liberais da saúde que praticam procedimentos puramente estéticos, cosméticos ou embelezadores assumem, excepcionalmente, uma obrigação de resultado.

Dada a inexistência de interdependência absoluta entre os tipos de obrigação e de responsabilidade, a obrigação de resultado não enseja automaticamente a responsabilidade civil objetiva<sup>23</sup> do profissional da saúde (aquela da teoria do risco).

17. DANTAS, E. Da necessária revisão do entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do cirurgião plástico. In: DADALTO, L.; ROSENVALD, N.; MENEZES, J. B. (Orgs.) **Responsabilidade civil e medicina**. 9. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 110.

18. O artigo 186, do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (GONÇALVES, 2013, p. 13).

19. BRASIL, 1990a. Artigo 14, 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. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

20. BRASIL, 2002. Artigo 951, Código Civil: 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.

21. TARTUCE, 2012, p. 95.

22. GONÇALVES, 2013, p. 27.

23. Os elementos da Responsabilidade Civil Objetiva são: conduta, nexo de causalidade e dano. A culpa não é analisada, pois há dever de reparar, independentemente de culpa. É o caso dos hospitais e clínicas. "Prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Denominada objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa." (GONÇALVES, 2013, p. 27).

A responsabilidade do profissional da saúde, profissional liberal,<sup>24</sup> sempre será subjetiva<sup>25</sup> e não se modifica na dependência da obrigação estabelecida.<sup>26</sup> Entretanto, a cominação da obrigação de resultado dos procedimentos estéticos com a responsabilidade subjetiva do cirurgião plástico resulta naquilo que Cortés<sup>27</sup> denomina de “obrigação acentuada de meios” (tradução livre): na prática, a culpa do profissional é presumida.

Ademais, entende a jurisprudência que as atividades caracteristicamente de meios podem se converter em uma obrigação de resultado e vice-versa, a depender da forma como se deu a pactuação entre as partes. Mesmo em uma cirurgia reparadora, quando o cirurgião plástico se compromete com o resultado, seja tácita (p. ex. utilizando *softwares* de “antes e depois”) ou explicitamente (pela ativa promessa de resultado certo), pode se estabelecer uma relação de caráter eminentemente contratual que deverá ser honrada, com base no princípio do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser observados).<sup>28</sup>

Na jurisprudência pátria, paradigmático é o voto de Nancy Andrichi:<sup>29</sup>

esta Corte já se manifestou acerca da relação médico-paciente, concluindo tratar-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Confrimam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes: REsp nº 1.104.665/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 09.06.2009; e REsp nº 236.708/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe de 10.02.2009. (...) Seja como for, em situações como esta, nas quais a cirurgia possui mais de um escopo, a responsabilidade do profissional não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Vale dizer, numa cirurgia estética e reparadora, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parcela estética da intervenção e de meio em relação à sua parcela reparadora (...).

Observe-se que a douta ministra, além de esposar a tese da divisão arbitrária, ainda entende ser possível “fracionar” o procedimento em suas porções estética e reparadora, ignorando completamente não apenas a unicidade do ato (e, por conseguinte, de seus resultados), mas também a existência de um *continuum* (contínuo) a interligar os já arbitrariamente definidos extremos.

Não obstante, há uma parcela da doutrina e jurisprudência que considera a cirurgia plástica estética uma obrigação de meios, já que os riscos são os mesmos

24. TARTUCE, 2012, p. 96.

25. BRASIL, 2002. Artigo 951, Código Civil: 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.

26. Neste sentido é o entendimento do STJ, conforme o REsp 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 26.08.2010.

27. CORTÉS, J. C. G. *Responsabilidad Civil Médica*. 5. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016. p. 150.

28. DOMINGOS, N. M. *Responsabilidade civil por erro médico*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. p. 102.

29. Recurso Especial Nº 1.097.955, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Julgado em 27/11/2011. Ementa: PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA – ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. 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. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar infimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. Disponível em: <<https://bit.ly/2GKV6Gd>>.

presentes em qualquer outra atividade médica. Dentre esses, cabe destacar o ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior,<sup>30</sup> quem acaba por esposar a tese da “obrigação acentuada” ao afirmar que:

na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta.

No mesmo sentido, Kfoury Neto:<sup>31</sup>

(...) não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ‘cirurgia de luxo’ ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique (..)

Ainda, há jurisprudência<sup>32</sup> que corrobora:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABDOMINOPLASTIA TOTAL. LIPOASPIRAÇÃO E PLICATURA. CORREÇÃO DE DIÁSTASE DEIXADA POR GESTAÇÃO DE GÊMEOS. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. MERA INSATISFAÇÃO PESSOAL COM RESULTADO SATISFATÓRIO. IMPERÍCIA INOCORRENTE. ERRO MÉDICO NÃO EVIDENCIADO. Abdominoplastia total que visou corrigir diástase abdominal deixada por gestação de gêmeos, além de retirar excesso de pele e de gordura localizada. Cirurgia plástica de natureza reparadora, cujo resultado não pode ser garantido pelo médico, o qual se obriga a empregar a melhor técnica. A responsabilidade civil do profissional é subjetiva, com base no art. 14, § 4º, do CDC, sem presunção de culpa. Hipótese em que houve significativa melhora na aparência da autora, sendo que a sua frustração com algum aspecto em específico - no caso, a posição do umbigo e da cicatriz e o nível de aproximação dos músculos do abdômen - não significa que o médico tenha sido imperito. Retoques e revisões podem aperfeiçoar um primeiro resultado, mas não evidenciam erro médico. O conceito de beleza é subjetivo e o cirurgião plástico não está obrigado a atender às expectativas das pacientes que esperam atingir padrão de beleza imposto pela sociedade, e no caso, o resultado apresentado foi satisfatório, considerando as particularidades do organismo da autora. Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.

30. DOMINGOS, N. M., 2008, p. 103. apud Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica* (RJ), n. 231, p. 122.

31. KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 240-241.

32. Apelação Cível nº 70073889537, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/08/2017.

Para o CFM, 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.<sup>33</sup>

Ante o exposto, se o médico oferta ao paciente determinados resultados, criando expectativas legítimas, ainda que seja de conhecimento público que na área médica não se pode desconsiderar a presença de fatores imponderáveis e que não existem resultados perfeitos, esse profissional terá o dever jurídico do cumprimento dessas obrigações de resultados. Isto significa que, conforme for apresentada a oferta por parte do cirurgião (os contratos se formam quando ocorre o encontro da proposta com a aceitação), essa pode se transformar em uma obrigação de resultado, incorporando o princípio da vinculação,<sup>34</sup> conforme artigo 30 do CDC.<sup>35</sup>

De outro lado, quando o médico cumpre seu dever jurídico, deontológico e moral de apresentar todas as informações que dizem respeito aos riscos e benefícios, para que o paciente possa decidir autonomamente se almeja ou não se submeter a determinado procedimento cirúrgico, sem nele criar expectativas legítimas de determinados resultados, esclarecendo que tal medida é inatingível cientificamente, está assumindo obrigação de meio.<sup>36</sup> E, já que a natureza jurídica da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico sempre será subjetiva, só será condenado a indenizar o autor/paciente se provada a culpa *stricto sensu* (em sentido específico).

Portanto, a diferença das obrigações de meios impostas aos demais profissionais médicos e a obrigação de resultado em procedimentos estéticos fazem presumir a culpa do cirurgião. Quer dizer, persiste a necessidade da verificação da culpa do profissional; todavia, se não conseguir provar que agiu com correção e que fatores alheios ao seu atuar deram causa ao resultado, provavelmente será condenado.

Aqui, importante recordar a necessidade de o médico cirurgião plástico manter o prontuário completo, atualizado, bem feito e com letra legível,<sup>37</sup> além de detalhados registros gráficos e fotográficos das condições prévias e da evolução pós-operatória do caso.

33. BORGES, 2014. p. 174.

34. A vinculação atuará de duas formas: obrigando o fornecedor de serviços, mesmo que este se negue a contratar e; introduzindo-se e prevalecendo o contrato, eventualmente celebrado, ainda que o texto contratual tenha previsão diversa. BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 228.

35. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

36. BORGES, 2014, p. 199.

37. BRASIL **Código de Ética Médica**: resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018. Brasília: CFM, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2GzK8Uq>>. 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 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.



#### 4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

É do conhecimento de todos os operadores do direito que, como regra, em nosso ordenamento jurídico, vigora que o ônus da prova cabe ao autor, no que concerne aos fatos constitutivos de seu direito, incluindo a culpa do réu.<sup>38</sup> De outro lado, incumbe ao réu demonstrar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor.<sup>39</sup>

No entanto, em decorrência de uma possível falta de possibilidade do paciente/autor provar suas alegações (hipossuficiência)<sup>40</sup> em face da capacidade técnica e/ou econômica do médico/réu, a regra admite uma “flexibilização”, a fim de criar uma igualdade (material)<sup>41</sup> no plano jurídico.

Em tal contexto, a inversão do ônus da prova pode ser determinada pelo juízo, com objetivo de facilitar a defesa dos direitos do consumidor (paciente) e, por via reflexa, garantir a efetividade dos direitos do indivíduo e da coletividade na forma dos artigos 5º, XXXII<sup>42</sup> e 170, IV,<sup>43</sup> ambos da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Superior possui o entendimento de que, nos casos de cirurgia plástica, cabe ao profissional (e não ao autor) demonstrar que eventuais insucessos ou efeitos danosos (tanto na parte estética como em relação a implicações para a saúde) relacionados à cirurgia decorreram de fatores alheios a sua atuação. Essa comprovação costuma ser feita por meio de provas técnicas e perícia.

No julgamento do REsp nº 985.888,<sup>44</sup> o tribunal decidiu que:

em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la (eliminar-la) de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

Além disso, no REsp nº 236.708,<sup>45</sup> o entendimento foi de que “não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento

38. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/36LGmBN>>. Acesso em: 10 de março de 2020. Art. 373: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

39. BRASIL, 2015. Art. 373: O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

40. Ou consumidor, pois, o nosso ordenamento, entende que as relações médico-paciente ensejam o Código de Defesa do Consumidor, todavia não cabe chamá-lo de consumidor e sim de paciente.

41. Princípio da igualdade material, provocando um tratamento desigual a indivíduos que são naturalmente desiguais com a finalidade de corrigir tal desigualdade.

42. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2SI4GMR>>. Artigo 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 termos seguintes: XXXII, o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

43. BRASIL, 2016. Artigo 170, da Constituição Federal: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV: livre concorrência.

44. STJ – Resp: 985.888 SP 2007/0088776-1, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 16/02/2012, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 13/03/2012.

45. STJ – Resp: 236.708 MG 1999/0099099-4, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF), Data de Julgamento: 10/02/2009, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 18/05/2009.

danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da ‘vítima’ (paciente)”.

A contribuição crítica de Dantas:<sup>46</sup>

(...) é antijurídico que a cirurgia estética seja classificada como obrigação de resultado para inverter o ônus da prova. A regra da responsabilidade civil subjetiva, incompatível com essa inversão, aplica-se em todas as hipóteses ao médico (tradução livre).

Existem excludentes da responsabilidade civil do profissional, como supracitado, sendo elas: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, culpa concorrente (parcialmente), caso fortuito,<sup>47</sup> força maior<sup>48</sup> ou quando não houver qualquer um dos pressupostos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexo e culpa).<sup>49</sup> Em outros termos, como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

## 5. A RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

Estabelecida a premissa de que a responsabilidade civil do médico, como atividade profissional, é subjetiva, vem a lume a questão do erro médico. De fato, a prestação de serviços médicos não consiste em uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar, de forma peremptória, que curará o indivíduo, dada a sua condição, em regra, de obrigação de meio. Por isso, a prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional.<sup>50</sup>

Independentemente da natureza da obrigação avançada, o fato de a responsabilidade civil ser aferida subjetivamente, na forma do mencionado artigo 14, § 4º,<sup>51</sup> do CDC, não afasta a possibilidade de considerar solidariamente responsáveis todos os agentes que estejam ligados ao resultado danoso, do chefe da cirurgia até os simples auxiliares, desde que todos tenham contribuído com o elemento culpa.<sup>52</sup>

46. "Par conséquent, il est anti juridique, au prétexte que la chirurgie esthétique est classée comme obligation de résultat d'invertir la charge de la preuve. Le règlement de la responsabilité subjective, incompatible avec cette inversion, s'applique en toute hypothèse au médecin". DANTAS, E. Da necessária revisão do entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do cirurgião plástico. In: DADALTO, L.; ROSENVALD, N.; MENEZES, J. B. (Orgs.). **Responsabilidade civil e medicina**. 9. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3jO8zeU>>.

47. Eventos imprevisíveis.

48. Eventos/desastres da natureza.

49. O caso fortuito e a força maior, apesar de não estarem expressamente previstos no CDC, podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade. STJ.4ª Turma. REsp985.888-SP, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012.

50. GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**, Volume 3 – Responsabilidade Civil. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

51. BRASIL, 1990. Artigo 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: § 4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

52. *Ibid.*, p. 309.

Entretanto, embora a responsabilidade civil do profissional médico permaneça subjetiva, o mesmo não acontece com o hospital ou clínica médica, prestadoras de serviços. Com efeito, por força da regra de responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no artigo 932, III,<sup>53</sup> do CC, não há como deixar de aplicar o dispositivo para tais entidades. Registre-se, inclusive, que essa regra se aplica também aos hospitais filantrópicos, pois a atividade com intuito assistencial não afasta a responsabilidade pelo dever geral de vigilância e eleição<sup>54</sup> que deve manter com seus profissionais.<sup>55</sup>

Nesse diapasão, se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade destes deflui manifesta, também por força do artigo supracitado.

Entretanto, dúvida pode haver quanto aqueles profissionais que apenas, eventualmente, utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo. Ainda assim, entende-se existir um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico.<sup>56</sup>

## 6. O PERFIL DOS PACIENTES LITIGANTES

Os pacientes que litigam contra cirurgias plásticas, na maioria das vezes, são mulheres, entre 30 e 45 anos de idade, já insatisfeitas com sua aparência e procurando uma solução para sua autoestima. Tais mulheres, geralmente de famílias com renda baixa (classe média baixa), com pouco nível de educação formal e sem ensino superior, perseguem uma beleza que não existe – nem com cirurgia plástica.

Esses pacientes criam a expectativa de se transformarem e terem o corpo dos sonhos. Todavia, com a cirurgia e o pós-operatório, quando não atingem sua expectativa, culpabilizam o médico cirurgião plástico por sua insatisfação. Como melhor define Dinwoodie<sup>57</sup> “essas expectativas não atendidas levam à decepção, que pode ser um ‘fator predisponente’ poderoso no momento da decisão para tomar alguma medida” (tradução livre). Ou seja, a percepção do paciente quanto ao resultado ou à experiência pode ser bem diferente da de outros e até da realidade, porém, “é a percepção do paciente que importa em termos de insatisfação” (tradução livre).

53. BRASIL, 2002. Artigo 932, do Código Civil: São também responsáveis pela reparação civil: III: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

54. A culpa lato sensu, quanto à sua presunção, dividi-se em culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*.

55. GAGLIANO, 2012. p. 316.

56. *Ibid.*, p. 317.

57. “These unmet expectations lead to a disappointment gap which can be a powerful ‘predisposing factor’ in a decision to take some sort of action is the patient’s perception that matters in terms of dissatisfaction”. DINWOODIE, M. Why patients sue...and how to try and avoid it. **Medical Protection**, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3ls4nSD>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Não se pode dizer que há um único modelo típico de beleza, mas existem conceitos estéticos que simulam concepções de uma identidade pessoal de cada indivíduo, emparelhando a aparência física com a autoimagem idealizada. Em decorrência disso, o cirurgião plástico deve estar familiarizado com os aspectos psicológicos do paciente para garantir a existência de uma adequada motivação, que leve em consideração os seus verdadeiros aspectos físicos e, também, os limites impostos pela realidade (uma certa “reserva do possível”).<sup>58</sup> Por essa razão, comorbidades psiquiátricas ou qualquer outra doença prévia são variáveis a serem levadas em conta e que merecem atenção do médico antes de “aceitar” um paciente.

Menezes<sup>59</sup> afirma que “desde o primeiro contato com o paciente, o cirurgião precavido permanece atento a sinais diretos e indiretos que mostrem expectativa irrealista do paciente”. E continua: “na anamnese, estar atento às doenças de base pode prevenir complicações”.

Variável relevante inclui as perdas secundárias, isto é, aquilo que o paciente afirma ter perdido devido a sua cirurgia. A incidência de complicações por causa do procedimento cirúrgico varia, fazendo com que complicações no pós-operatório acabem sendo relacionadas pelo paciente com prejuízos secundários ou reflexos, tais como perda do emprego ou casamento. Ainda assim, nos casos em que não há complicações, não raro somente a insatisfação é tida como causadora, por exemplo, do fim do relacionamento afetivo, assim justificando a lide.

Além disso, muitas das causas de pedir acabam lastreadas em alegado defeito na informação<sup>60</sup> (informação insuficiente ou inadequada sobre a utilização e os riscos do serviço).<sup>61</sup> Acontece que o médico pode não ter fornecido a informação correta ou o fez de maneira insuficiente ou, até mesmo, ofereceu os dados completamente (como se verifica, por exemplo, em Termos de Consentimento Informado adequadamente redigidos e assinados com antecedência razoável, por vezes na presença de testemunhas), mas o paciente, em uma fantasia gerada pela expectativa de que na cirurgia tudo transcorrerá bem e que após não haverá qualquer complicação, silencie a dissonância cognitiva gerada pelas informações oriundas do cirurgião.<sup>62</sup>

Menezes<sup>63</sup> reforça que “a desinformação dos pacientes e a falta de esclarecimentos pelo cirurgião plástico e sua equipe são motivo de desentendimentos e lide judicial há alguns anos”.

58. BORGES, G. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 54 *apud* AVELAR, J. M. Cirurgia plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado. São Paulo: Hipócrates, 2000. p. 213.

59. MENEZES, J. **Manual de boas práticas em cirurgia plástica**. Rio de Janeiro: DOC, 2012. p. 93.

60. CFM, 2019. Art. 34: É vedado 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.

61. Os médicos, como prestadores de serviços que são, não estão fora da disciplina do Código de Defesa do Consumidor. A única exceção que se lhes abriu foi quanto à responsabilidade objetiva. E se foi preciso estabelecer essa exceção é porque estão subordinados aos demais princípios do Código do Consumidor — informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova etc.

62. CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 318.

63. MENEZES, 2012, p. 144.

Por essa razão, entende-se que o defeito na informação se faz acompanhar de uma violação no Direito de Autodeterminação<sup>64</sup> dos pacientes, uma vez que, se possuíssem a informação completa – ou até correta –, poderiam, ao menos em tese, ter optado pela não realização da cirurgia ou, de outra forma, não a teriam realizado naquele momento de vida.

O dever de informação possui relação direta com muitas das perdas secundárias devido à cirurgia, como se verifica nos cancelamentos de casamentos marcados para poucos meses após o procedimento (devido ao retardo na recuperação, decorrente de complicações no pós-operatório) ou no encerramento de relacionamentos, decorrentes do resultado estético insatisfatório, entre outros casos, nos quais pacientes alegam que não teriam realizado a cirurgia, se soubessem de antemão das complicações possíveis. Mas a realidade é que nunca saberemos se, mesmo com todas as informações, tais pacientes não realizariam a cirurgia. Como dito antes, a fantasia sobre o resultado não raro encerra qualquer conflito interior entre desejo e informação dissonante, dirigindo o paciente à decisão de se submeter à cirurgia, apesar de todas as advertências, o que retornará projetado para o médico quando da ocorrência da frustração.

Apesar da complexidade do contexto decisório, somente o defeito na informação já caracteriza a violação ao Direito de Autodeterminação, suficiente para determinar a existência de um dano reparável. Afinal, todo tratamento e procedimento médico possui um risco e se presume que o ato decisório deve ser realizado de forma livre e espontânea, com cautela e atenção aos riscos e benefícios que tal procedimento trará ao paciente.

Melhor definindo, a informação correta e transparente sobre os benefícios, os riscos e os limites de uma cirurgia são considerados o pilar para o fortalecimento dos laços e do relacionamento médico-paciente.<sup>65</sup> Conforme contribui Paredes Duque:<sup>66</sup>

em todo tratamento médico se deve levar em conta a relação risco-benefício, a experiência pessoal e a estatística médica, que pode ser muito relativa em casos concretos. Quando alguém compra um bilhete de loteria e acerta, não está interessado nas estatísticas, mas, as mortes por intervenções estéticas estão entre uma para cada 5.200 procedimentos, aparentemente é um risco baixo, todavia se a pessoa é alguém conhecido, não nos interessam os 5.199 pacientes restantes, é certo que não, pois para o falecido, a porcentagem de mortalidade foi de 100%. Mas para o médico, em sua defesa, poderá dizer que é seu primeiro caso, este será um argumento válido para a família e para o/a possível autor da ação? Considero que sim, mas se você falhou em 3 ou 5, o que acontecerá? (tradução livre).

64. CFM, 2019. Art. 24: É vedado 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. Art. 31: É vedado 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.

65. MENEZES, 2012, p. 144.

66. "En todo tratamiento médico se debe tener en cuenta la relación riesgo-beneficio, la experiencia personal y la estadística médica, que puede ser muy relativa en casos concretos. Cuando uno compra un billete de lotería y acierta no le interesa la estadística, pero, las muertes por intervenciones estéticas están entre una por cada 5200 procedimientos, aparentemente un riesgo bajo, pero si se presenta en un ser querido, no nos interesan los 5.199 pacientes restantes, es muy seguro que no, para el doliente, el porcentaje de mortalidad fue del 100%, pero el médico, en su defensa, podrá decir que es el primer caso, será un argumento válido para la familia y para el posible demandante? Considero que si, pero, si ha fallado em 3 o 5, qué pasará? Sería muy relativo; obvio que si es de 20 o más, si nos orienta a un inadecuado actuar del profesional". PAREDES, J. E. D. *Riesgos em cirugía plástica y estética, análisis médico legal*. Cali: Artes Gráficas del Valle Ltda, 2005, p. 160.

Por isso, além do prontuário bem feito e a adoção correta de todas as técnicas,<sup>67</sup> o médico deve também priorizar um bom atendimento, sendo atencioso e permitindo que o paciente se sinta confortável e seguro e para que a relação médico-paciente seja construída e mantida na base da confiança mútua. Nesse sentido, Dinwoodie afirma que:<sup>68</sup>

a análise das reclamações tende a girar em torno de fatores clínicos precipitantes, como atraso no diagnóstico, técnica cirúrgica incorreta ou erro de medicação. No entanto, o risco de complicação e litígio parece ter muito mais a ver com fatores predisponentes, como nossas habilidades de comunicação, sensibilidade às necessidades do paciente e gerenciamento de expectativas, do que à complexidade da condição do paciente, características do paciente ou habilidades técnicas e clínicas (tradução livre).

Na cirurgia estética, assim como em toda a medicina, trata-se de substituir um risco ou prejuízo identificado como “maior” (o sofrimento psíquico experimentado e vivenciado no presente), por um risco ou prejuízo identificado como “menor” (a possibilidade percebida como remota de que o resultado não seja alcançado). Uma vez que isso depende de uma avaliação risco-benefício, o maior peso na ponderação dos benefícios cabe ao próprio paciente, pois ele deve ser capaz de decidir e consentir – junto a sua família e seu médico –, não devendo estar sujeito ao julgamento (de qualquer ordem) de terceiros, estranhos à ele mesmo, paciente.

Contudo, nesses casos, não apenas o potencial benefício é altamente subjetivo, mas é de domínio quase que exclusivo do paciente.

Ao médico, exige-se auxílio em sua ponderação para ajudá-lo a melhor decidir, o que, de fato, é um processo complexo de tomada de decisões.<sup>69</sup>

## 7. METODOLOGIA DO PRESENTE ESTUDO

Este é um estudo descritivo, retrospectivo, qualitativo e quantitativo de 78 ações cíveis de indenização, reparação ou compensação movidas contra cirurgiões plásticos de diversos estados brasileiros, defendidos por diferentes advogados e tendo em comum o mesmo Assistente Técnico.<sup>70</sup> Foi realizada uma leitura aprofundada das petições iniciais e de todos os documentos que as compõem, bem como das contestações de todas as ações

67. CFM, 2019. Art. 1º: É vedado ao médico: 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.

68. “Analysis of claims tends to revolve around the precipitating clinical factors, such as a delay in diagnosis, incorrect surgical technique or medication error. However, the risk of complaint and litigation appears to have much more to do with predisposing factors such as our communication skills, sensitivity to patient needs and management of expectations, than the complexity of the patient’s condition, patient characteristics or technical and clinical skills”. DINWOODIE, 2014.

69. EL JUNDI, 2017.

70. SAMI A. R. J. EL JUNDI, médico, inscrito no CRM/RS sob nº 23935, especialista em Clínica Médica (RQE 16346) e em Medicina Legal e Perícia Médica (RQE 35128); mestre em Medicina Forense pela *Universitat de Valencia* (Espanha) e especialista em Direito Médico pela ESVJ/RS. *Curriculum vitae*. Disponível em <<https://bit.ly/3iW0FH2>>.

que ingressaram no banco de dados do referido Assistente Técnico entre os anos de 2012 e 2020, com o objetivo de coletar as diferentes variáveis aqui apresentadas.

Em uma etapa piloto, com apenas 10 casos, foram coletadas 28 variáveis, posteriormente reduzidas a 14 em razão da ausência de informações relevantes ou da possibilidade de derivar dados mais representativos. Foram coletados dados relativos ao perfil do autor da ação (idade, sexo, escolaridade, profissão e renda), além de dados de ordem geográfica, tais como a distância entre a residência do autor e o local para onde mais teve de se deslocar devido ao procedimento.

Além disso, também foram consideradas variáveis, como as justificativas para a ação civil, ou seja, basicamente as queixas ou acusações (principal ou principais) relatadas pelo autores-pacientes.

Posteriormente, alguns dados referentes às questões legais foram também avaliados, considerados importantes ao apresentar a exordial e que podem interferir no delineamento da causa, tais como se houve ou não benefício da gratuidade de justiça e o intervalo entre o procedimento e a proposição da ação. Esses dados nos levaram a uma análise individualizada de cada variável em seu aspecto quantitativo, favorecendo a descrição dos padrões de frequência e constância de cada um.

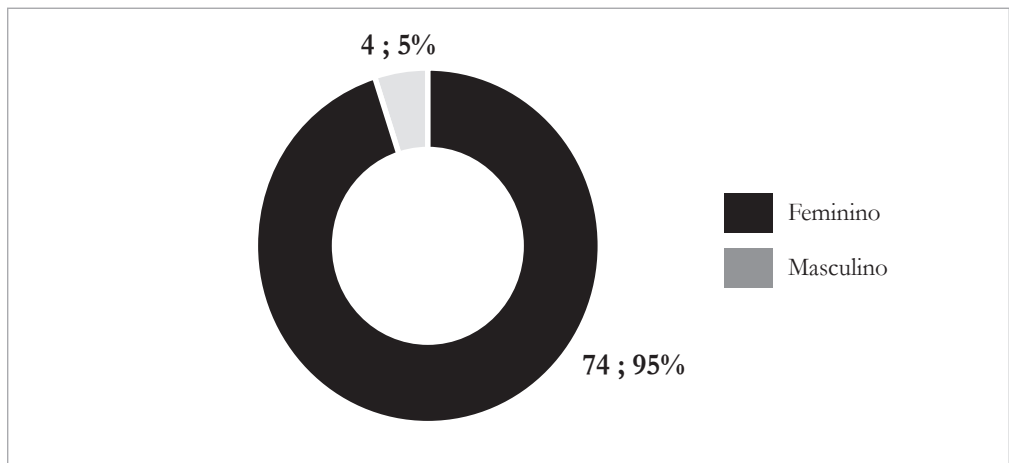
Finalmente, a avaliação global dos resultados obtidos entre variáveis possibilitou identificar os perfis de maior prevalência entre os autores de litígios contra cirurgiões plásticos brasileiros. Os nomes dos demandantes e dos demandados foram mantidos em sigilo, assim como todas as demais informações sem interesse acadêmico ou que poderiam expor as identidades dos envolvidos, sendo o presente estudo realizado de acordo com a Resolução 196/96<sup>71</sup> do Conselho Nacional de Saúde/MS.

## 8. RESULTADOS

Das 78 ações analisadas, 74 (95%) foram propostas por pacientes do sexo feminino e 4 (5%) por pacientes do sexo masculino (Figura A). A média de idade dos autores foi de 36 anos (DP:  $\pm 12,2$ ) quando da realização do procedimento que deu causa à ação cível, sendo que a maioria dos pacientes se encontrava nos grupos situados entre 20 e 35 anos de idade, com uma distribuição não normal, que tende para faixas etárias mais jovens (Figura B).

71. BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996**. O Plenário do Conselho Nacional de Saúde em sua Quinquagésima Nona Reunião Ordinária, realizada nos dias 09 e 10 de outubro de 1996, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, resolve. Brasília: MS, 1996. Disponível em: <<https://bit.ly/3eOoaJL>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

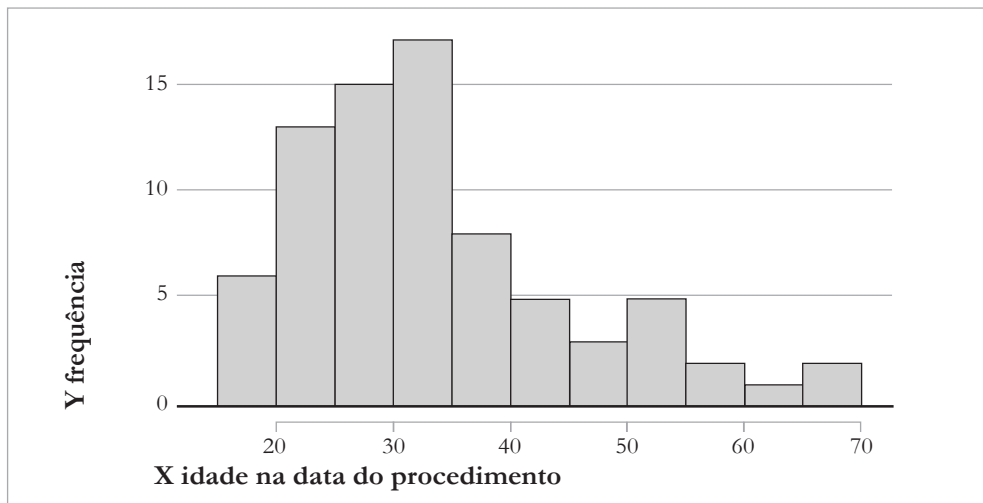
**Figura A – Sexo (% e #)**



Elaboração dos autores.

Obs.: # para números exatos e % para percentuais.

**Figura B – Idade na data do procedimento (#)**



Elaboração dos autores.

A partir dos dados disponíveis nas exordiais, o perfil educacional dos autores foi classificado por categorias (ensino fundamental completo, ensino médio completo, ensino técnico completo, ensino superior completo e pós-graduação), estando distribuídas conforme a tabela A. Entretanto, o que se observou é que, em 52 casos (66,7%), o nível educacional não foi informado, nem mesmo indiretamente (p. ex. através da profissão),



enquanto os pacientes com formação superior (com ou sem pós-graduação) responderam por 19,2% do total (n = 15) e os demais por 14% (n = 11).

Quando analisados em separado somente os casos com informações disponíveis sobre nível educacional (n = 26), pôde-se verificar que o maior grupo isolado se compõe de pacientes com nível superior, com ou sem pós-graduação, com 15 pacientes (57,7%). Entretanto, não é possível extrapolar esses dados para toda a amostra, dado que a falta de informações compromete praticamente 2/3 da amostra.

**Tabela A – Escolaridade**

Escolaridade	%	#
Não consta	66,7%	52
Ensino Superior Completo	15,4%	12
Ensino Médio Completo	8,9%	7
Pós-graduação	3,8%	3
Ensino Técnico	3,8%	3
Ensino Fundamental Completo	1,3%	1
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>78,00</b>

Elaboração dos autores.

Quanto ao trabalho ou à ocupação dos autores, o ponto de partida foi a condição do autor à época do procedimento, ou seja, se estava ativo ou empregado (informação não disponível em 34 casos ou 43,6%). A partir daí, verificou-se quantos se mantiveram ativos ou empregados quando da propositura da ação (n = 27 ou 34,6% da amostra total); quantos se tornaram inativos, mas mantiveram seus empregos (n = 4 ou 5,1% do total de casos) e quantos perderam o emprego e estavam inativos (n = 1 ou 1,3% do total).

Por meio do conjunto de informações sobre renda mensal, o nível socioeconômico de cada autor foi classificado, tendo como base os Critérios de Classe Social por Faixas de Salário Mínimo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).<sup>72</sup> A distribuição está exposta na tabela B, na qual se verifica que 43,6% dos autores (n = 34) estão situados nas faixas de renda C, D e E (dados não disponíveis em 43 casos ou 55,1%).

72. Classe A = acima de 20 salários mínimos. Classe B = de 10 a 20 salários mínimos. Classe C = de 4 a 10 salários mínimos. Classe D = de 2 a 4 salários mínimos. Classe E = até 2 salários mínimos. Salário mínimo nacional, no ano de 2020 = R\$ 1.045,00.

**Tabela B – Classe social**

Classe	%	#
Não Consta	55,1%	43
E	32%	25
C	6,4%	5
D	5,1%	4
B	1,3%	1
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>78,00</b>

Elaboração dos autores.

Com relação à fonte do custeio do procedimento, verificou-se que, em somente 44 (56,4%) dos casos, essa informação estava disponível. Desses, em 20 (25,6% do total), o autor declarou ter realizado uma poupança somente com essa finalidade; e, em 6 (7,7% do total), o autor dispôs de recursos próprios sem aparente necessidade de fazer reserva. Dentre os subsidiados: 6 (7,7% do total) o foram por companheiro; 4 (5,1%) por plano de saúde; 3 (3,8%) por plano de saúde com complementação de recursos próprios; 2 (2,6%) optaram por empréstimo bancário e outros 2 (2,6%) por empréstimo de terceiros; e 1 (1,3%) através de seguro por acidente de trabalho.

A distribuição de custeio do procedimento é aquela expressa na Tabela C.

**Tabela C – Custeio do procedimento**

Custeio do procedimento	%	#
Não consta	43,6%	34
Poupança específica	25,6%	20
Recursos próprios	7,7%	6
Companheiro	7,7%	6
Plano de Saúde	5,1%	4
Plano de Saúde e Próprio	3,8%	3
Empréstimo Terceiros	2,6%	2
Empréstimo Bancário	2,6%	2
Acidente de Trabalho (seguro)	1,3%	1
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>78</b>

Elaboração dos autores.

Em 44 casos (56,4% do total), houve complicações pós-procedimento, com custos adicionais para o paciente (Tabela D).

**Tabela D – Complicações**

<b>Complicações</b>	<b>%</b>	<b>#</b>
Sim	56,4%	44
Não	43,6%	34
<b>Total Geral</b>	<b>100,00%</b>	<b>78</b>

Elaboração dos autores.

Dos 19 casos (24,4% das complicações) em que estavam disponíveis informações sobre a fonte de custeio dessas despesas adicionais, verificou-se que: em 6 (31,6%), o autor dispôs de recursos próprios; em 3 (15,8%), os autores se endividaram com bancos ou financeiras; em 2 (10,5%), o subsídio foi feito por companheiro; em mais 2 (10,5%), a cobertura foi do plano de saúde; em outros 2 (10,5%), recursos vieram de empréstimo bancário; e, em 3 (15,8%), de empréstimo de terceiros. Em somente 1 dos 19 casos (5,3%), o autor informou possuir reserva financeira para o caso de haver complicações.

A Tabela E, abaixo, demonstra a distribuição desses casos, sendo o custeio de complicações apresentado com relação ao total de complicações (n = 44).

**Tabela E – Custeio das complicações**

<b>Custeio de complicações</b>	<b>%</b>	<b>#</b>
Recursos próprios	31,6%	6
Dívida	15,8%	3
Empréstimo terceiros	15,8%	3
Companheiro	10,5%	2
Empréstimo bancário	10,5%	2
Plano de Saúde	10,5%	2
Poupança específica	5,3%	1
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>19</b>

Elaboração dos autores.

Quando se debruçou sobre as motivações alegadas pelos autores para dar início à ação de reparação cível, observou-se que as queixas principais e secundárias foram: defeito na informação (com ênfase sobre as possíveis complicações do pós-operatório), promessa de resultado (não alcançado), defeito na informação com ocorrência de infecção (hospitalar ou não), defeito na informação com ocorrência de erro médico e, por fim, erro médico.

Dos 78 casos, foram extraídos os dados constantes da Tabela F.

## Tabela F – Causas para ação

Causas	%	#
Promessa de resultado	35,9%	28
Defeito na informação (pós-operatório)	34,6%	27
Defeito na informação (pós-operatório) e infecção hospitalar	11,5%	9
Defeito na informação (pós-operatório) e erro médico	8,9%	7
Erro médico	8,9%	7
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>78</b>

Elaboração dos autores.

Por outro lado, quando analisados separadamente os 44 casos em que houve complicações, novamente, o defeito na informação ficou em primeiro lugar, com 14 casos (31,8%); seguido da promessa de resultado, com 12 (27,3%); do defeito na informação com infecção (hospitalar ou não), em 9 (20,4%); de defeito na informação com erro médico, com 6 (13,6%); e da alegação isolada de erro médico, em 3 (6,8%).

Já entre os 34 casos que não tiveram complicações, a queixa de promessa de resultado não cumprida esteve presente em 16 casos (47%); de defeito na informação, em 13 (38,2%); de erro médico, em 4 (11,7%); e de defeito na informação com erro médico, em 1 caso (2,9%).

Vide Tabelas G e H.

## Tabela G – Causa para ação nos casos que houve complicação

Causa (com complicação)	%	#
Defeito na informação (pós-operatório)	31,8%	14
Promessa de resultado	27,3%	12
Defeito na informação (pós-operatório) e infecção hospitalar	20,4%	9
Defeito na informação (pós-operatório) e erro médico	13,6%	6
Erro médico	6,8%	3
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>44</b>

Elaboração dos autores.

**Tabela H – Causa para ação nos casos que não houve complicação**

<b>Causa (sem complicação)</b>	<b>%</b>	<b>#</b>
Promessa de resultado	47%	16
Defeito na informação (pós-operatório)	38,2%	13
Erro médico	11,7%	4
Defeito na informação (pós-operatório) e erro médico	2,9%	1
<b>Total Geral</b>	<b>100%</b>	<b>34</b>

Elaboração dos autores.

A conduta do cirurgião após o procedimento e quando ocorreram complicações, na constância delas, também foi motivação exposta nas exordiais, demonstrando a relevância desse aspecto na narrativa dos autores.

Destacaram-se: desatenção ao paciente, em 11 casos (14,1% do total); descaso com o pós-operatório, em 10 (12,8%); e queixas acerca de suturas serem realizadas em consultório e supostamente sem anestesia, contribuindo para a insatisfação do paciente, em 1 caso (1,3%).

Finalmente, todas essas opções foram alegadas por 7 autores (9%), sugerindo a percepção do paciente de total falta de empatia do profissional para com ele e seu sofrimento.

Ademais, nas petições foram descritas diversas queixas que foram percebidas pelos autores como “perdas secundárias”, em decorrência do procedimento ou de suas complicações e, segundo eles, por culpa do médico.

Dentre os que alegam ter suportado perdas secundárias (44 ou 56,4% do total de casos), a promessa de resultado figurou entre as principais justificativas para mover a ação de indenização (n = 16 ou 36,4% dos 44); seguida por defeito na informação (n = 11 ou 25% dos 44); defeito na informação com infecção (hospitalar ou não) (n = 7 ou 15,9% dos 44); defeito na informação com erro médico (n = 5 ou 11,3% dos 44); e erro médico (n = 5 ou 11,3% dos 44).

No quadro 1, estão elencadas as perdas secundárias alegadas nas exordiais.

**Quadro 1**

	<b>Perdas secundárias</b>
<b>1</b>	Depressão; necessidade de benefício previdenciário
<b>2</b>	Depressão; afastamento do emprego; prejuízo na relação conjugal
<b>3</b>	Dor crônica
<b>4</b>	Depressão; redução da autoestima; perda do interesse sexual
<b>5</b>	Depressão; não frequenta locais de exposição do corpo (p. ex. praia)

6	Depressão
7	Depressão; rompimento conjugal; perda de vestibular e Enem
8	Afastamento do trabalho (autônoma)
9	Afastamento do emprego
10	Transtornos com cirurgia de reparo
11	Perda do emprego
12	Depressão; afastamento do emprego
13	Prejuízo na relação conjugal
14	Sequela funcional; necessidade de benefício previdenciário; afastamento do trabalho
15	Depressão
16	Obesidade; não amamentação do filho
17	Prejuízo às funções fisiológicas (sono); prejuízo no trabalho
18	Prejuízo na relação conjugal; não frequenta locais de exposição do corpo (p. ex. praia)
19	Dificuldade para respirar
20	Obesidade; prejuízo na relação conjugal; prejuízo no trabalho; perda de oportunidade profissional
21	Depressão; dependência econômica de terceiros
22	Prejudicou viagem marcada
23	Obesidade; perda de emprego; dívidas
24	Depressão; necessidade de benefício previdenciário
25	Redução na autoestima; prejuízo na relação conjugal
26	Depressão
27	Síndrome do Pânico; perda de emprego; endividamento
28	Prejuízo à vida sexual
29	Necessidade de benefício previdenciário
30	Prejuízo na relação conjugal
31	Prejuízos financeiros
32	Depressão; prejuízo no trabalho; prejuízo social
33	Depressão; prejuízo na relação conjugal; prejuízo na vida sexual
34	Depressão; prejuízo na relação conjugal
35	Perda do emprego
36	Depressão; perda do emprego; prejuízo na relação conjugal
37	Necessidade de benefício previdenciário
38	Prejuízo às funções fisiológicas (sono)
39	Depressão; prejuízo na relação familiar; prejuízo funcional; prejuízo social
40	Prejuízo psicológico
41	Crises de ansiedade; prejuízo na vida sexual; prejuízo à autoimagem
42	Afastamento do trabalho; prejuízo na relação conjugal
43	Dor crônica
44	Dificuldade para respirar

Elaboração dos autores.

Finalmente, observou-se que, em 54 casos (72% do total), foi concedido ao autor o benefício da gratuidade da justiça (AJG); que o mesmo não foi solicitado em 13 exordiais (17,3%); e que a gratuidade foi negada em apenas 8 casos (10,7%).

## 9. CONCLUSÃO

Para El Jundi:<sup>73</sup>

a medicina é uma prática social e humana de caráter estocástico, determinada histórica, social, cultural e politicamente. Admitir que a medicina possui um caráter eminentemente estocástico é afirmar que seus métodos e recursos não são capazes de oferecer mais que uma aproximação da realidade, expressa em termos de probabilidades (de acerto e de erro) em um processo de 'árvore de decisão.

Cada etapa produz diversas novas possibilidades ainda que, por vezes, com resultados similares ou probabilidades semelhantes de resultados diametralmente opostos.

Para Kfour Neto:<sup>74</sup>

do organismo humano, com suas particularidades ligadas às condições subjetivas e genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos, aos efeitos excepcionais da moderna farmacopéia e, também, à inteligência e capacidade do médico, extrai-se a ilação de que o absoluto no campo da medicina quase não existe. É extremamente difícil exarar juízo sobre a culpa profissional individual. A certeza, quase sempre, é substituída por avaliação probabilística.

O caráter indeterminado da medicina em geral e das intervenções cirúrgicas em particular é dado por condicionantes que incluem leis naturais, as quais não estão sujeitas ao controle humano e, menos ainda, aos desejos humanos. A perspectiva idealista (em sentido filosófico) possui dimensões diferentes nos universos humano e natural, sendo bastante mais reduzida neste do que naquele. O desejo, a expectativa, a intenção e o objetivo pertencem ao universo do espírito humano e estão sujeitos a um sem fim de mediações para se manifestarem no mundo natural.<sup>75</sup>

O crescimento da demanda social pelos procedimentos estéticos e sua relação com conceitos de realização pessoal, satisfação conjugal e felicidade revela a importância que a sociedade confere ao corpo humano e à satisfação do indivíduo consigo mesmo.<sup>76</sup> Por essa razão, a insatisfação com a própria imagem corporal pode se constituir em importante

73. EL JUNDI, S. A. R. J. Uma perspectiva socioantropológica do novo Código de Ética Médica. In: TEIXEIRA, A. C. B.; DADALTO, L. (Orgs.). **Dos hospitais aos tribunais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65-88.

74. KFOURI NETO, 2010, p. 50.

75. EL JUNDI, p. 65-88.

76. Id., 2017.

fator de isolamento social, aversão ao sexo, instabilidade conjugal, insucesso profissional e outras formas de desconformidade do indivíduo com o ambiente que o rodeia, podendo evoluir para o desenvolvimento de transtornos de ansiedade, depressões, tentativas de suicídio, diminuição ou perda da renda, entre outros prejuízos de ordem psicossocial. Em alguns casos, há uma deformação da autoimagem que configura a própria doença, o que exige tratamento psiquiátrico e não cirúrgico. Contudo, em outros, a intervenção cirúrgica é a melhor abordagem.<sup>77</sup>

Também contribui El Jundi<sup>78</sup> que:

a construção da obrigação de resultado em cirurgia plástica inclui preconceitos sobre a (suposta) futilidade do embelezamento, confiança irrazoável na técnica e na tecnologia, supervalorização das expectativas do paciente e inequidade na aplicação dos instrumentos jurídicos disponíveis (por exemplo, propaganda enganosa). A obrigação de resultado em cirurgia plástica é estabelecida em confronto com as leis da natureza: se a obrigação é limitada por fatores fora do controle profissional, ela é impossível de ser exigida a esse profissional. Tratar-se-ia, nesse caso, de uma *obligatio de iure et contra naturam*, i.e., uma *obligatio impossibilium*. (Informação verbal)

Relembra Gurgel<sup>79</sup> que:

na teoria, devemos dizer, com todo o respeito, que na época em que a ideia de “obrigação de resultados” para a cirurgia plástica-estética veio, e ganhou vulto, os médicos verdadeiros estavam totalmente alheios à realidade dos criminosos que faziam propaganda abusiva, agiam sem ter inscrição no CRM e, se havia algum enfermeiro no contexto, já teria sido demais: nem isso havia!

É mais que notório que o corpo humano é composto por inúmeras células que apresentam formas e funções definidas. Além disso, existem os tecidos, órgãos e sistemas, os quais funcionam de modo integrado. Entretanto, as reações, devido à manipulações e procedimentos, variam de sujeito para sujeito. O indivíduo que procura o cirurgião plástico pode até ir ao seu consultório acreditando em um resultado; todavia, deve obrigatoriamente retornar do consultório consciente de que as reações orgânicas são diversificadas e exclusivas. E, se o paciente não aceitar a realidade, o médico deve se negar a realizar o procedimento.

Por isso, na primeira consulta entre o cirurgião plástico e o paciente, é imprescindível que o paciente seja orientado. Explicar o que são resultados esperados e os efeitos adversos possíveis e imprevisíveis é um dever. Na consulta, o paciente é tratado como um todo,

77. Id., *Ibid.*

78. Id. Cirurgia Estética en cuanto a obligación de resultados y su tratamiento jurisprudencial en Brasil. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MEDICO, 1<sup>er</sup>, Santo Domingo, República Dominicana, maio de 2019.

79. GURGEL, S. Cirurgia plástica estética: obrigação de meios ou de resultado? *Canal Ciências Criminais*, 1 fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2GNrulr>>.



considerando-se inclusive a sua dimensão psicossocial, que pode estar tão afetada quanto a física.<sup>80</sup> Além de soar sábio que o profissional deve recusar pacientes que, aparentemente, estão contentes em acreditar no impossível, o cirurgião possui a responsabilidade, tanto para com seu paciente, quanto para com sua profissão e seus colegas, de ser absolutamente transparente e, acima de tudo, cumprir com o dever absoluto de informar. Reforça Menezes<sup>81</sup> que “a gestão e utilização da informação e do conhecimento constituem o cerne das atividades profissionais e do processo decisório na prática da saúde”.<sup>82</sup>

O paciente ou futuro paciente precisa ser orientado e devidamente esclarecido. E, se esse quiser assumir um risco (que será, naturalmente, dividido com o médico, havendo culpa deste), assinará um contrato de prestação de serviços urdido nos padrões do Código do Consumidor e outras legislações em vigência, além do Termo de Consentimento Informado e Esclarecido, cujo fenômeno se explica pelo chamado “Diálogo das Fontes”.<sup>83</sup>

Entende Cortés<sup>84</sup> que, na medicina voluntária ou satisfativa, a obrigação do médico deve ser qualificada como “obrigação acentuada de meios” (tradução livre), conforme supracitado, no sentido de que, ainda que se trate de um arrendamento de serviços, cujo resultado não pode ser garantido, dado o componente aleatório inerente a toda atuação médica, resulta especialmente relevante a exigência de uma informação<sup>85</sup> muito rigorosa, detalhada e exaustiva de todos os riscos, sem exceção, e das alternativas da intervenção, inclusive da eventualidade de um mau resultado (até a possível piora do estado anterior), sem que se possa prescindir, em todo caso, dos elementos da causalidade e culpabilidade. Pois, do contrário, estaria impondo ao médico uma responsabilidade de natureza objetiva, enquanto o faria responsável exclusivo pelo resultado alcançado com a realização do ato médico, equiparando o dano indenizável com o resultado não desejado ou esperado.<sup>86</sup>

Além disso, os objetivos do paciente (assim como sua percepção ou conhecimento dos riscos) ou os objetivos do próprio médico não têm o dom de modificar os fatores determinantes do resultado do procedimento, muitos dos quais escapam ao controle do facultativo, pelo que ambos estão atrelados às inexoráveis limitações e aos riscos inerentes ao estado da arte da cirurgia plástica no momento de sua realização.

80. MENEZES, J. *Manual de boas práticas em cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: DOC, 2012. p. 93.

81. *Ibid.*, p. 122.

82. MASSAD, E.; MARIN, H. E.; AZEVEDO NETO, R. S. (Eds.). *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. São Paulo: H. de F. Marin, mar. 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2KxRKbr>>.

83. A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A teoria surge para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não exclui a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas) idealizados por Norberto Bobbio. Pela teoria, as normas não se excluíam, mas se complementariam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro”. TARTUCE, 2012, p. 66. PRADO, S. M. Da teoria do diálogo das fontes. *Migalhas*, 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2H0k5FT>>.

84. CORTÉS, J. C. G. *Responsabilidad Civil Médica*. 5. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016, p. 150.

85. Faz-se a ressalva quanto: o consentimento da informação deve ser anterior ao Termo de Consentimento Informado e Esclarecido.

86. EL JUNDI, 2017.

Conforme contribui El Jundi,<sup>87</sup> “o resultado desejado constitui *apenas uma* das probabilidades daquela intervenção ainda que, aplicada a técnica adequada e sob mãos experientes, esse seja (apenas) o desfecho mais provável”. E arremata: “nessas condições, busca e expectativa de resultado (contingenciadas por uma espécie de reserva do possível) não podem se confundir com promessa de resultado (sujeita às regras contratuais)”.

Ainda, a impossibilidade de o cirurgião se comprometer com um resultado também decorre do fato do paciente contribuir para o êxito ou o fracasso daquela operação, seja com sua participação passiva, através de sua resposta orgânica ao procedimento, seja com sua participação ativa, por meio da obrigação de agir conforme a prescrição médica.<sup>88</sup>

Perfaz-se, portanto, a jurisprudência pátria – ainda majoritária, infelizmente –, por vezes, em uma relação contratual, na qual se presume a promessa do resultado certo em face da expectativa do paciente/cliente, sob o falacioso argumento de que, se não lhe fosse prometido tal resultado, não dispenderia seus recursos ou assumiria os riscos do procedimento. O que deveria ser objeto de prova – a promessa, direta ou indireta, de resultado –, se converte em presunção de culpa e, por vias tortas, numa (quase) responsabilização objetiva do facultativo.

A mesma questão é enfrentada em outros países. Com base na análise da jurisprudência colombiana, Yepes Restrepo<sup>89</sup> é categórico ao afirmar que: “(...) no mesmo sentido, se o cirurgião plástico não prometeu resultado algum, sua obrigação continuará sendo de meios (...)” (tradução livre).

É preciso punir os profissionais quando agem com culpa; porém, transformar a medicina em uma ciência exata é impossível e inexigível. Aquele profissional, independentemente da especialidade, fornecedor de um serviço de caráter propriamente estético ao paciente, deve ser mais criterioso quanto aos deveres de diligência, pois está lidando com uma pessoa cujo objetivo *prima facie* é melhorar sua imagem corporal. Entretanto, não pode haver exageros que desconfigurem a atuação do médico.<sup>90</sup>

De acordo com alguns autores, a responsabilidade do cirurgião plástico deveria ser regida pelo CC – ou por uma legislação ainda não existente, mais específica – e a da clínica, a do hospital, pelo CDC. Algumas variações, em relação ao médico, quanto à inversão do ônus da prova, hipossuficiência do paciente, seriam admissíveis, dependendo do caso específico. Todavia, ainda que seja complicado afirmar que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, é salutar que, em determinados aspectos, como o contratual, vibre no mesmo sentido.<sup>91</sup>

87. Id., *Ibid.*

88. WILLHELM, C. N. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico**: obrigação de meio ou de resultado. Porto Alegre: Stampa, 2009. p. 38.

89. YEPES RESTREPO, S. **La responsabilidad civil médica**. Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 2002.

90. GURGEL, 2018.

91. Id., *Ibid.*

Os dados aqui apresentados, além de corroborar as perspectivas dos diferentes autores citados no que se refere à relevância do dever de informação, demonstram que não basta “informar”, no sentido de ofertar informação adequada e suficiente, mas que há verdadeira necessidade de garantir que essa informação seja parte relevante do processo de tomada de decisão do paciente. Isso pode ser alcançado de diversas formas, não excludentes, já apontadas por outros autores em outros momentos: a elaboração de termos de consentimento claros e objetivos quanto aos riscos e suas consequências; o fornecimento desse termo já na primeira consulta, quando muitos pacientes ainda estão indecisos, e não na última, quando a decisão já foi tomada; a participação de terceiros relevantes no recebimento da informação e na assinatura do termo; e, principalmente, uma mudança de atitude dos profissionais, no sentido de não minimizar os riscos e sua possibilidade de ocorrência. Especialmente os riscos mais graves (morte, infecção, lesões neurológicas) devem ser clara, direta e objetivamente apresentados, de forma que se façam presentes no processo de tomada de decisão.

Além disso, lançam luz sobre uma variável determinante da busca pelos tribunais, qual seja a capacidade econômica do paciente. Em um primeiro momento, essa variável interage diretamente com a expectativa do paciente quanto aos resultados do procedimento: quem economizou todos seus ganhos durante anos (ou pediu um empréstimo bancário) para se submeter a uma cirurgia plástica, não espera nada menos que um resultado “perfeito”, à partir de sua própria percepção e idealização do que seja a perfeição buscada. Qualquer desvio de sua expectativa será percebido como um prejuízo que alcança não apenas o procedimento, mas todos os últimos anos de sua vida. E isso irá reverberar sobre sua vida futura, prejudicando relações de trabalho, afetivas, sexuais e sociais, como se depreende da leitura integrada dos dados aqui apresentados.

Em um segundo momento, a limitação econômica impacta claramente a capacidade do paciente de fazer frente a eventuais complicações, mesmo que seja uma mera deiscência de suturas que se resolverá sem maiores intervenções, mas requererá idas frequentes ao consultório. Pacientes que não possuem reserva econômica para fazer frente aos gastos de uma complicação também são os mesmos que pediram licença ou férias do emprego e precisam que toda sua expectativa se realize no espaço de tempo inicialmente planejado. Não há margens para prolongamento de licenças, para faltas frequentes ao trabalho, para dilação no retorno a suas atividades, menos ainda para despesas adicionais, por menores que sejam. Nesse sentido, deve o próprio cirurgião assegurar-se de que, nos projetos do paciente, encontra-se também um plano de contingência para a cirurgia, o que pode até mesmo incluir a aquisição de uma apólice de seguro específica para o procedimento e suas complicações.

Exceção a isso são os pacientes que buscam sincronizar os resultados do procedimento com algum evento relevante em sua vida, como viagem ou casamento. Nesses casos, ainda que possa haver reserva financeira, não há reserva de tempo para lidar com uma complicação; e dela, então, advirão os prejuízos financeiros (p. ex. cancelamento de festa ou viagem), afetivos, sexuais e sociais.

Esses verdadeiros fatores de risco para a litigância podem e devem ser identificados já na primeira consulta, para que sejam devidamente enfrentados pelo cirurgião com o paciente, o que, em face dos dados aqui apresentados, tem potencial para evitar conflitos futuros, caros e desgastantes para o profissional.

Já a promessa de resultado se confronta com ficções próprias do positivismo jurídico, que criam obrigações impossíveis ao cirurgião plástico em razão de uma verdadeira abstração do pacto contratual com relação à realidade fática. Não há notícia de que vendedores de terrenos na lua tenham sido alguma vez obrigados a entregá-los, posto que a propaganda enganosa encontra previsões próprias em nosso ordenamento jurídico, mas não é essa régua aplicada aos cirurgões plásticos.

Entretanto, no meio médico subestimam-se as inúmeras possibilidades pelas quais a promessa de resultado pode se fazer presente, dando-se demasiada ênfase ao que é afirmado pelo cirurgião e nenhuma àquilo que não é dito, ou seja, aquilo que é comunicado pelo seu silêncio ante às manifestas expectativas do paciente. A não frustração da expectativa irreal do paciente é suficiente para que a promessa seja percebida por ele como existente, ainda que tacitamente: não importa quem formula a frase “vai dar tudo certo”, se ela permanece no ar como um mantra a guiar as decisões. E, no longo caminho que ainda há pela frente para desconstruir a jurisprudência ainda majoritária, os cirurgões plásticos têm um papel mais ativo a cumprir na frustração das expectativas irreais, que se voltarão contra eles mesmos no futuro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELAR, J. M. **Cirurgia plástica**: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado. São Paulo: Hipócrates, 2000. 460 p.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BORGES, G. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *In*: \_\_\_\_\_. Súmulas STJ. Brasília, 1990a. Disponível em: <<https://bit.ly/3jLKhIM>>.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990b. Disponível em: <<https://bit.ly/3ijBxvo>>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996**. O Plenário do Conselho Nacional de Saúde em sua Quinquagésima Nona Reunião Ordinária, realizada nos dias 09 e 10 de outubro de 1996, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, resolve. Brasília: MS, 1996. Disponível em: <<https://bit.ly/3eOoajL>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, n. 1, seção 1, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2I7ObYd>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/36LGmBN>>. Acesso em: 10 de março de 2020.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2SI4GMR>>. Acesso em: 4 abr. 2020.
- CAMPANA, A. N. N. B.; FERREIRA, L.; TAVARES, M. C. G. C. F. Associações e diferenças entre homens e mulheres na aceitação de cirurgia plástica estética no Brasil. **Revista Brasileira de Cirurgia Plástica**, v. 27, n. 1, 2012.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CJF – CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. In: AGUIAR JÚNIOR, R. R. Brasília: CJF, 2005.
- CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.621/2001. A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jun. 2001, seção I, p. 40. Disponível em: <<https://bit.ly/3lrCKZW>>.
- \_\_\_\_\_. **Código de Ética Médica**: resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018. Brasília: CFM, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2GzK8Uq>>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CORTÉS, J. C. G. **Responsabilidad Civil Médica**. 5. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016.
- DANTAS, E. Da necessária revisão do entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do cirurgião plástico. In: DADALTO, L.; ROSENVALD, N.; MENEZES, J. B. (Orgs.) **Responsabilidade civil e medicina**. 9. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3jO8zeU>>.
- \_\_\_\_\_. La chirurgie plastique comme obligation de moyens. **Revue générale de droit médical**, n. 26, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/3jLNotY>>.
- DINWOODIE, M. Why patients sue...and how to try and avoid it. **Medical Protection**, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/3ls4nSD>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- DOMINGOS, N. M. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008.
- EL JUNDI, S. A. R. J. Uma perspectiva socioantropológica do novo Código de Ética Médica. In: TEIXEIRA, A. C. B.; DADALTO, L. (Orgs.). **Dos hospitais aos tribunais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65-88.

- \_\_\_\_\_. **Parecer médico legal preliminar nº 2016.10.1.007092-0**. Santa Maria, RS: 1ª Vara Cível, 2017.
- \_\_\_\_\_. Cirugía Estética en cuanto a obligación de resultados y su tratamiento jurisprudencial en Brasil. *In*: 1<sup>ER</sup> CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MEDICO, Santo Domingo, República Dominicana, maio de 2019.
- GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**, Volume 3 – Responsabilidade Civil. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GODINHO, A. M. *et al.* **Responsabilidade civil e medicina**. *In*: MENEZES, J. B.; DADALTO L.; ROSENVALD, N. (Coords). 9. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- GONÇALVES, C. R. **Direito das obrigações, parte especial, tomo II: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GURGEL, S. Cirurgia plástica estética: obrigação de meios ou de resultado? **Canal Ciências Criminais**, 1 fev. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2GNruItr>>.
- KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MASSAD, E.; MARIN, H. F.; AZEVEDO NETO, R. S. (Eds.). **O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico**. São Paulo: H. de F. Marin, mar. 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/3eNn4Ox>>.
- MENEZES, J. **Manual de boas práticas em cirurgia plástica**. Rio de Janeiro: DOC, 2012.
- MILMANIENE, J. La persona y su conversión en paciente. El rol y la función del médico. *In*: GHERSI C.; WEINGARTEN, C. (Dirs.). **Tratado de derecho a la salud**. Buenos Aires: La Ley, 1. ed., p. 3-11, 2012.
- PAREDES, J. E. D. **Riesgos em cirurgia plástica y estética, análisis médico legal**. Cali: Artes Gráficas del Valle Ltda, 2005.
- TARTUCE, F. **Direito Civil 2: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- WILLHELM, C. N. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado**. Porto Alegre: Stampa, 2009.
- YEPES RESTREPO, S. **La responsabilidad civil médica**. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké, 2002.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DANO AO PROJETO DE MORTE DO PACIENTE

### THE DOCTOR'S CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE TO THE PATIENT'S DEATH PROJECT

Carlos Alberto Kastein Barcellos<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O paciente como sujeito central da relação médico-paciente: autonomia em termos de cuidados em saúde. 3. A autonomia do paciente: recusa informada e situações concorrentes. 4. Ato médico: uma análise que antecede à responsabilidade civil. 5. Responsabilidade civil do médico pela violação ao projeto de morte. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O tema abordado neste artigo é o confronto entre o imperativo paternalista e a autodeterminação do paciente. Esse confronto é importante se considerada a possibilidade de implementação de condutas médicas mesmo contra a vontade do paciente. Pretende-se desconstruir a ideia de que a responsabilidade civil do médico diz respeito apenas ao enfoque daquilo que ele deveria ter feito para salvar a vida do paciente, para analisar o dever de reparar quando o profissional intervém contra a vontade do titular do direito. Como método de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica ou doutrinária e de legislação, uma vez que o tema que se pretende aprofundar demanda a análise da legislação e da doutrina. A partir do método dedutivo, pretende-se demonstrar que a recusa de tratamento médico é um direito do paciente e a sua não observância pode ensejar a responsabilidade do profissional de saúde.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Autodeterminação. Recusa de tratamento. Responsabilidade civil.

**Abstract:** The subject addressed in this article is the confrontation between the paternalistic imperative and the self-determination of the patient. Such confrontation is important if we consider the possibility of implementing medical conduct even against the patient's will. It is intended to deconstruct the idea that the civil liability of the physician concerns only the focus of what he should have done to save the patient's life, to analyze the duty to repair when the professional intervenes against the will of the right holder. As a research method, bibliographic or doctrinaire and legislation research was used, since the subject that is intended

1. Advogado, docente e palestrante; diretor da Academia Brasileira de Direito Médico; mestre em Direito; pós-graduado em Direito Médico e da Saúde, em Bioética e Biodireito e em Gestão Hospitalar. E-mail: <kbarcellos@barcellosadvocacia.com.br>.

to be deepened demands the analysis of legislation and doctrine. Based on the deductive method, it is intended to demonstrate that the refusal of medical treatment is a right of the patient and its non-observance can cause the responsibility of the health professional.

**Keywords:** Dignity of the human person. Self-determination. Refusal of treatment. Civil liability.

## 1. INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina e a obstinação terapêutica que podem manter indefinidamente viva uma pessoa por um lado e, por outro, o direito de um paciente de recusar o tratamento e optar pela morte conformam uma situação de fato e de direito sujeita às mais variadas interpretações.

O paternalismo médico, formado de acordo com a tradição hipocrática, coloca os profissionais da saúde em conflito com um novo sujeito de direito, qual seja, o paciente-consumidor consciente de seus direitos. A relação médico-paciente tende a ser revista, deixando de ser hierarquizada para se tornar dinâmica e direta entre o profissional da saúde e o paciente ou seus familiares, visando à tomada conjunta de decisões acerca da intervenção<sup>2</sup> médica que deverá ou não ser adotada.<sup>3</sup>

Logo, o “fazer o bem” derivado da tradição hipocrática deverá ser analisado de acordo com os valores do paciente, que deve ser reconhecido como ser autônomo em sua identidade própria de ser humano, capaz de recusar tratamentos ou de rejeitar o prolongamento da vida. A vida que os profissionais da medicina visam a garantir passa, portanto, a ser adjetivada, ou seja, o ser humano (que não é somente corpo) deve ter direito a uma vivência digna e a dignidade é auferida mediante valores próprios.

O pressuposto fático relevante, que sustenta a manutenção do paternalismo nas relações entre médicos e pacientes, é o direito à vida como garantia irrenunciável do ser humano. Contudo, o valor maior da pessoa humana é sua dignidade, e esse sentido axiológico da vida se fundamenta pelo simples fato de ser humano e se sobrepõe ao direito de viver em condições que não garantam um mínimo vital.

2. De acordo com a nota explicativa no 29, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Serviço face às Aplicações da Biologia e da Medicina, por intervenção deve-se entender todos os atos médicos, em particular aqueles praticados com finalidade preventiva, diagnóstica, terapêutica ou de reabilitação, e aqueles realizados no âmbito da pesquisa. Disponível em: <<https://bit.ly/2j7gmHu>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

3. Godinho (GODINHO, El. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 75-77) indica três modelos de relação médico-paciente: a) paternalista, b) deliberativo e c) contratual. Para ela, no primeiro modelo, que atualmente se justifica apenas em situações de emergência, o papel do paciente é passivo e, nele, a “posição de detentor de conhecimentos especializados confere ao médico uma posição de ascendente sobre o paciente, sendo o médico quem – por seus conhecimentos – determina, de acordo com critérios científicos e objetivos, o que é melhor para o paciente” (p. 75). O modelo deliberativo é regido “por um conceito participativo-deliberativo em que médico e paciente partilham informações sobre as preferências do paciente, a doença e diversas opções de tratamento, chegando, assim, a uma decisão corresponsável obtida através de alargado consenso” (p. 76). Já no modelo contratual, a autonomia do paciente é maior, ou seja, “é o próprio doente – enquanto sujeito detentor da informação que lhe é transmitida, da informação por si obtida e das suas próprias preferências subjectivas – que toma a decisão, sob sua inteira responsabilidade, sobre as medidas terapêuticas” (p. 77).



Aliás, pode-se afirmar que não existem direitos absolutos. Nesse contexto, leciona Ascensão<sup>4</sup> ao tratar do direito à vida:

(...) não há absolutos em Direito. A vida também não o é. O Direito tem de aceitar a relatividade da vida; bem como a verdade muito simples, mas que o dia-a-dia faz por ignorar, que no ponto de vista individual toda a vida é aproximação da morte. Por isso a vida humana é trágica – pelo menos enquanto não soubermos incorporar nela a realidade da morte.

Assim, se não existem direitos absolutos e mesmo se admitindo a irrenunciabilidade do direito à vida, pode-se admitir o direito ao não exercício de um direito fundamental.<sup>5</sup>

No núcleo essencial de cada direito humano fundamental (direitos da personalidade quando focado sob uma esfera privatista) está a dignidade da pessoa humana, o que justifica, inclusive, a adoção de juízos de ponderação quando dois direitos estiverem em conflito. A dignidade da pessoa humana,<sup>6</sup> para Luís Roberto Barroso, deve ser considerada princípio e, portanto, justificação moral e fundamento normativo para os direitos humanos fundamentais.<sup>7</sup>

Para Barroso, são três os elementos que integram o conteúdo da dignidade da pessoa humana: o seu valor intrínseco, o valor comunitário e a autonomia individual.<sup>8</sup> Pelo valor intrínseco, a pessoa humana é única e se distingue dos outros seres, ou seja, cuida da afirmação de cada um no mundo. O valor comunitário “constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de boa vida”.<sup>9</sup> A autodeterminação é o vetor que marca a autonomia, e essa, por sua vez, pode ser dividida em três dimensões: a privada, que encontra fundamento na origem dos direitos individuais; a pública, que está na origem dos direitos políticos e dos direitos de participação na condução da vida pública;<sup>10</sup> e a terceira dimensão que, segundo o autor, deita raízes, no mínimo existencial<sup>11</sup> e, em verdade, é pressuposto para o exercício das demais dimensões.

Sobre o respeito à autonomia privada, Sarmento apresenta importantes considerações. Para ele, “o respeito à autonomia privada se baseia na ideia de que as pessoas

4. ASCENSÃO, J. O. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 424.

5. BARCELLOS, C. A. K. **Direito sanitário**: diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, *passim*.

6. De acordo com Duque, “a dignidade humana pode e deve ser compreendida como a qualidade essencial que constitui a natureza específica da pessoa, distinguindo-a, portanto, dos demais elementos que compõe a ordem a jurídica e que visualiza homem como pessoa inserida na comunidade, dotada de valor próprio e indisponível, como ser destinado ao livre desenvolvimento da sua personalidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que proteja a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a manutenção de uma vida saudável”. (DUQUE, M. S. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 247).

7. BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Fórum, 2012, p. 42.

8. *Ibid.*, p. 43.

9. *Ibid.*, p. 46.

10. *Ibid.*, p. 45.

11. Para Torres, “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do quem nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”. (TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36).

têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir das suas próprias compreensões sobre o que seja uma ‘vida boa’<sup>12</sup>.

As dimensões da dignidade humana conferem ao homem uma realidade metafísica, isto é, além do físico, impondo ao Estado e à sociedade deveres de respeito, proteção e promoção desse (daquele) valor supremo.<sup>13</sup>

Pode-se afirmar, em breve conclusão, que a dignidade da pessoa humana (enquanto fundamento, valor ou princípio) está no núcleo essencial de cada direito humano (do homem ou fundamental) e, em função disso, possui eficácia irradiante, obrigando o Estado e os particulares nesse aspecto, quando esses direitos são pensados ou focados sob um ângulo privado (direitos da personalidade).<sup>14</sup>

## 2. O PACIENTE COMO SUJEITO CENTRAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: AUTONOMIA EM TERMOS DE CUIDADOS EM SAÚDE

O direito médico, sob um enfoque restritivo que aqui nos interessa, pode ser entendido como o conjunto de princípios e regras (normas) que disciplina a relação mantida entre o médico e o paciente. Para esse ramo do direito, não se aplica o princípio da legalidade restrita,<sup>15</sup> isto é, suas fontes<sup>16</sup> são amplas e sobre elas se aplicam diversos princípios informadores.

A relação médico-paciente, objeto de regulamentação pelo direito médico, deve ser entendida como o vínculo que une o profissional que detém mérito técnico em medicina e o paciente, motivado por uma alteração em sua saúde ou pela preservação dela. Os efeitos dessa relação podem ser transcendentais, uma vez que envolvem obrigações do médico, do paciente, além de terceiros, como os familiares do paciente, a própria sociedade (doenças infectocontagiosas, por exemplo) e os auxiliares do profissional (dever de sigilo, por exemplo). Além disso, o objeto da relação médico-paciente, qual seja, os cuidados de atenção à saúde, pode ser dependente de terceiros, como na hipótese de internação hospitalar, em que a atividade do médico depende da estrutura de um estabelecimento de saúde.

Os cuidados em saúde derivados da relação médico-paciente se exteriorizam em obrigações (prestações) de fazer (uma cirurgia, um diagnóstico), não fazer (não revelar o

12. SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 142.

13. BARCELLOS, 2015, p. 95.

14. *Ibid.*, p. 95.

15. Por lei em sentido estrito, deve ser entendida aquela que foi submetida ao processo legislativo previsto no art. 59 da Constituição Federal do Brasil e regulamentado pela Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Disponível em: <<https://bit.ly/3kaCsGo>>. Acesso em: 14 set. 2020.

16. Como fontes diretas de direito interno, pode-se citar a Constituição Federal, as leis, outros atos normativos, além das normas de classe; como fontes externas de direito externo, as normas de direito internacional, inclusive aquelas editadas pelo Organização Mundial de Saúde; e, como fontes indiretas, a jurisprudência, os costumes, o direito comparado e a doutrina.

sigilo médico) ou de entregar (um laudo, uma receita). Todas essas prestações derivadas da relação em enfoque devem ter como referência o paciente, que deve ser entendido como o sujeito central do tratamento,<sup>17</sup> aqui, em sentido amplo, decorrente da intervenção em sua saúde, uma vez que os efeitos de uma patologia, bem como o anseio pelo não aparecimento futuro de um estado patológico, ou ainda, a expectativa de uma melhora na qualidade de vida são suportados pelo paciente. Apesar de ser uma experiência individual, os efeitos de uma enfermidade podem irradiar para terceiros em decorrência de eventual isolamento do paciente, além dos custos derivados dos cuidados em saúde que, normalmente, são suportados em conjunto por seus familiares.

O paciente em situação de vulnerabilidade potencializada em função de sua patologia, portanto, deve ser considerado o sujeito central dos cuidados, e essa centralidade se relaciona com o seu direito de compartilhar com os profissionais as deliberações durante o processo terapêutico.<sup>18</sup>

O compartilhamento das deliberações durante o processo terapêutico está relacionado à autonomia, elemento da dignidade da pessoa humana, que é o princípio informador do direito médico (princípio da liberdade). Por autonomia, pode-se entender o direito da pessoa capaz (capacidade sanitária) de tomar decisões de maneira livre e de questionar aspectos relacionados à saúde, o que compreende vida e morte, uma vez compreendida a sua condição de saúde.

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que, salvo exceções que devem ser interpretadas restritivamente, toda intervenção em saúde depende do consentimento expresso<sup>19</sup> do paciente ou de seu representante. As exceções referidas estão na esfera de interesse de situações de urgência ou emergência, incapacidade de manifestar a sua vontade, mesmo que no modelo prospectivo (diretivas antecipadas de vontade<sup>20</sup>), por si ou por terceiros, além de eventual conduta obrigatória do profissional de saúde em função da valoração da saúde coletiva.

A manifestação expressada de maneira livre, informada e esclarecida, indicando a autorização (ou não – recusa informada) para ser submetido a procedimentos terapêuticos ou diagnósticos é denominada consentimento (ou recusa). Assim, se a autodeterminação

17. Nesse sentido, José de Faria da Costa: “Na verdade, estamos, hoje, muito longe do modelo hipocrático relativamente às relações entre médico e o paciente. Emergiu em todo a sua plenitude um novo paradigma para a inteligência daquelas importantíssimas relações. Verdaderamente o que, nos dias actuais, vigora é a afirmação indiscutível da ideia de autodeterminação do paciente. Este é que é o centro, este é o que que passa ser o centro de todo o acto médico. O que quer significar na simplicidade das coisas mais simples que o acto médico só existe se o paciente quiser que exista. Enquanto no modelo hipocrático, o acto médico, praticado pelo médico, podia existir desde que o médico, interpretando uma hipotética vontade do paciente, entendesse que tal acto ia no sentido do bem do paciente, agora, para o próprio levar a cabo um acto médico, mesmo que seja no indesejável interesse do paciente – hoje já não paciente, mas sim doente com todos os direitos a isso inerentes, nomeadamente o seu indelegável e incompressível direito à autodeterminação curativa – terá que ter o consentimento do seu doente.” (COSTA, J. F. Em redor da noção de acto médico. *In*: COSTA, J. F.; KINDHÄUSER, U. (Coords.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 212-213).

18. ALBUQUERQUE, A. **Direitos humanos dos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

19. Godinho traz a ideia de consentimento presumido. Segundo ela, “o facto de um paciente não ter já capacidade para consentir não significa a negação do primado da sua vontade. E, no caso de não existir um testamento biológico, terá de ser encontrado o seu consentimento presumido”, que deve ser obtido a partir “das circunstâncias pessoais do visado, dos seus interesses individuais, desejos, necessidades e percepção de mundo.” (GODINHO, 2015, p. 137-138).

20. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. Disponível em: <https://bit.ly/375ITbx>.

decorre de um dos elementos da dignidade da pessoa humana, ela, além de postulado, é um valor de referência do Estado brasileiro, prevista no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal (CF).<sup>21</sup> A CF prevê, ainda, a liberdade (art. 5º) e a informação (inciso XIV) como direitos fundamentais.

Na esfera federal, partindo do pressuposto de que a natureza da relação médico-paciente pode ser considerada de consumo, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor (CDC)),<sup>22</sup> que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, prevê que é direito básico desse agente social “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III).

Em contrapartida, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica do SUS),<sup>23,24</sup> que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, tem o direito à autodeterminação como princípio regente (art. 7º, III). Essa norma ainda prevê a igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos e privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV), bem como o direito à informação às pessoas assistidas sobre sua saúde (art. 7º, V), como princípios do Sistema Único de Saúde (SUS).

Também na esfera federal, a Portaria de Consolidação do Ministério da Saúde nº 1, de 28 de setembro de 2017,<sup>25</sup> que consolida as normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do SUS, prevê que são direitos do usuário:

informações sobre o seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa, compreensível (art. 4º, II); b) preservação da integridade física, privacidade e conforto, da individualidade dualidade, dos seus valores éticos, culturais e religiosos (art. 5º, III); c) a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha (art. 5º, IX); d) escolha do local da morte (art. 5º, X); e) o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto (art. 5º, XI); e f) o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais (art. 6º, V).

21. Disponível em: <<https://bit.ly/3167p01>>. Acesso em: 14 set. 2020.

22. Disponível em: <<https://bit.ly/3drdpwf>>. Acesso em: 14 set. 2020.

23. “Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento” (art. 22, da Lei nº 8.080/90). Por serviços privados de assistência à saúde deve-se entender a saúde a complementar e a saúde suplementar (planos e seguros de saúde, bem como a medicina de desembolso direto).

24. Disponível em: <<https://bit.ly/2SW9dej>>. Acesso em: 14 set. 2020.

25. Disponível em: <<https://bit.ly/3j6Hra9>>. Acesso em: 14 set. 2020.

No estado de São Paulo, a Constituição Estadual<sup>26</sup> garante aos cidadãos o direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como sobre as atividades desenvolvidas pelo sistema (art. 219, parágrafo único, item 4). Além do mais, também no estado de São Paulo, a Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999,<sup>27</sup> que dispõe sobre os direitos dos serviços e das ações de saúde no Estado, prevê que a informação, “o consentimento e a recusa (art. 2º, VII), o respeito à integridade física (art. 2º, XIV, *a*) a individualidade (art. 2º, XIV, *c*), o respeito aos seus valores éticos e culturais (art. 2º, XIV, *d*), a escolha do local da morte (art. 2º, XXIV) e a recusa de tratamentos extraordinários e/ou dolorosos para tentar prolongar a vida<sup>28</sup> (art. 2º XXIII)” são direitos dos pacientes.

Já a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), tombada sob o nº 2.217, de 27 de setembro 2018,<sup>29</sup> que aprovou o atual Código de Ética Médica (CEM), apresenta diversas disposições importantes para este estudo.

O capítulo I do CEM trata dos princípios fundamentais do exercício da medicina. O inciso II prevê que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. Já o inciso IV estabelece que “o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte”.

Além desses dispositivos do CEM, ainda na esfera dos princípios fundamentais, mais dois merecem destaque:

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.

XXII – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.<sup>30</sup>

Os incisos II e VI revelam uma importante diretriz para o exercício da medicina, uma vez que indicam que o alvo da prática médica é o ser humano, assim dizendo, o

26. Disponível em: <<https://bit.ly/3169wYZ>>. Acesso em: 14 set. 2020.

27. Disponível em: <<https://bit.ly/2GZW7KG>>. Acesso em: 14 set. 2020.

28. “Tem-se que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa humana. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve, necessariamente, ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto à vida é a luta, a todo custo, contra morte. A vida deve ser encarada no seu ocaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida. São inúmeros os doentes que se encontram jogados em hospitais, a um sofrimento em perspectiva, muitos em terapias intensivas e em emergências. O desdobramento disso? Uma parafernália tecnológica que os prolonga e os acrescenta. Inutilmente” (SÁ, M. F. F. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 32).

29. Disponível em: <<https://bit.ly/2JkHY3>>. Acesso em: 14 set. 2020.

30. Disponível em: <<https://bit.ly/2SUDTNq>>.

profissional deve enxergar o paciente em sua integralidade e não apenas a doença. A toda evidência, esses princípios transcendem ao corpo físico que pode necessitar de cuidados para envolver a pessoa do paciente em sua dignidade, ou seja, a partir de seus valores, de suas crenças e de sua história construída.

Essa diretriz irradia efeitos para os incisos XXI e XXII dos princípios que regem a prática médica. Considerando que o paciente deve ser visto em sua integralidade para o compartilhamento de deliberações, o médico deve oferecer informações verdadeiras, claras e adequadas visando, com isso, a tomada de decisões válidas e eficazes.

Parece intuitivo que o médico somente poderá adotar medidas que atendam às necessidades do paciente, desde que reconhecidas e aceitas. Caso o paciente não acolha as alternativas de tratamento oferecidas pelo médico, este deve aceitar as escolhas do paciente, desde que não sejam contrárias ao ordenamento jurídico ou, invocando escusa de consciência, comunicar ao paciente a renúncia à continuidade dos serviços de atenção e encaminhá-lo para outro profissional. Além disso, ainda sob o enfoque do paciente visto em sua integralidade, o médico evitará procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes terminais sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

O pressuposto para que o médico cumpra com as obrigações derivadas da relação por ele mantida com paciente é o consentimento (ou recusa) válido e eficaz, como já se observou. E o consentimento ou a recusa válidos e eficazes pressupõem que as informações sejam prestadas de maneira adequada para o paciente (informação qualificada).

O CEM enfrenta a questão da informação e do consentimento em diversos dispositivos. O primeiro consta do art. 22, que prevê que é vedado 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”.

Entende-se, contudo, que o risco iminente de morte somente poderá ser utilizado como forma de relativizar a autonomia do paciente se não houver qualquer manifestação de vontade anterior dele ou se a autorização (ou recusa) imediata não puder ser obtida de seu representante legal, em função da urgência da medida.

É nesse sentido o entendimento de Borges<sup>31</sup> ao analisar o art. 15 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2020,<sup>32</sup> que institui o Código Civil (CC):<sup>33</sup> “dessa forma, infere-se, do art. 15 do Código Civil, que a pessoa pode opor-se ao tratamento médico (incluindo-se aí a intervenção cirúrgica), sobretudo se tal tratamento apresentar risco à sua integridade física ou à vida, embora a pessoa possa opor-se inclusive se não houver risco”. Para

31. BORGES, R. C. B. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

32. As esferas de proteção são diversas, ou seja, CC e CEM; no entanto, são pertinentes as considerações sobre a lei quando em confronto com a norma deontológica.

33. Disponível em: <<https://bit.ly/3jffHxfp>>. Acesso em: 14 set. 2020.

Borges,<sup>34</sup> a não observância da vontade do paciente pode “caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e até lesões corporais, conforme o caso”.

No mesmo sentido, Ribeiro,<sup>35</sup> para quem aceitar que o paciente teria de se submeter às determinações médicas quando não houvesse risco de morte seria um contrassenso ético e jurídico, conclui: “o paciente não pode ser submetido a qualquer procedimento terapêutico sem consentimento, ou seja, contra a sua vontade, em nenhuma hipótese, principalmente quando esse o expuser a risco de morte”.

Vieira<sup>36</sup> também indica espisar o mesmo entendimento quando enfrenta a questão do risco de morte:

(...) mesmo na iminência de perigo de morte, tem o paciente o direito de tomar decisões, devendo o médico lhe informar as consequências do não consentimento. Inclusive, a recusa pode se referir a exame, diagnóstico e terapia. Assim, qualquer paciente adulto e capaz tem o direito de recusar o tratamento mesmo que isto importe em prejuízo da saúde.

Segundo Teixeira,<sup>37</sup> cujo entendimento<sup>38</sup> não diverge dos autores antes referidos, o art. 15 do CC:

(...) deve ser entendido de forma ampla, no sentido que a renúncia a tratamento médico pode ser ampla, independentemente de haver ou não risco de morte, pois o controle das decisões relacionadas aos cuidados médicos – o que inclui intervenção cirúrgica ou tratamento médico – é unicamente da pessoa.

Partindo da premissa de que a relativização da autonomia do paciente é uma exceção e, portanto, deve ser analisada de maneira restritiva, o art. 31 do CEM deve receber o influxo dessas ponderações, uma vez que a sua redação também invoca o risco iminente de morte, eis que (é vedado 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”.<sup>39</sup>

O dever de informar e a exceção terapêutica (não informar) em benefício do paciente estão previstos no art. 34 do CEM, quando estabelece que é vedado ao médico

34. BORGES, op. cit. p. 203.

35. RIBEIRO, D. C. Autonomia e consentimento informado. In: RIBEIRO, D. C. **A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 206.

36. VIEIRA, T. R. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, v. 6, n. 2, p. 221-234, jul./dez. 2003, p. 227.

37. TEIXEIRA, A. C. B. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 323.

38. No mesmo sentido, Tepedino, Barboza e Moraes fazem a seguinte colocação: “(...) há de ser interpretado o art. 15: não só constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis, e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a norma deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais.” (TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código civil interpretado conforme a constituição república** – parte geral e obrigações. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43. v. 1).

39. Disponível em: <<https://bit.ly/377477M>>.

“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”. Esse dispositivo remete à ideia de exceção terapêutica, a saber, quando a informação pode causar mais prejuízo, bem como ao privilégio terapêutico (omissão piedosa), que tem lugar em situações de terminalidade da existência.

Essas exceções ao consentimento, as quais se somam às situações de urgência e emergência sem possibilidade de consentir, de renúncia ao direito de compartilhar as deliberações acerca dos tratamentos, de saúde pública e de incapacidade, desde que inexistam terceiros habilitados para consentir ou diretivas antecipadas de vontade, devem ser interpretadas restritivamente, como já observado em considerações anteriores.

Antes de seguir no enfrentamento do CEM, faz-se necessário um breve recorte.

Entende-se que a informação sempre deve ser leal, completa e verdadeira. Portanto, em todas as situações, o paciente, desde que lúcido, deve compartilhar da tomada de decisões, inclusive para que possa exercer o seu direito de escolher viver de acordo com seus valores e crenças até o último minuto de existência.

Fecha-se o recorte e retoma-se o CEM. A ortotanásia, a eutanásia e os cuidados paliativos são institutos previstos no art. 41 do CEM que prevê que é vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.<sup>40</sup>

Aqui se releva a importância de conhecer todo o arcabouço normativo e de buscar a integralidade da norma pela análise conjunta de seus dispositivos. O médico deve, por princípio, respeitar as escolhas do paciente que não sejam contrárias às previsões legais (capítulo I, dos princípios, inciso XXI, do CEM). O art. 41, antes transcrito, dá concreção para a restrição principiológica: o médico não pode praticar a eutanásia, conduta considerada ilegal, além de contrariar a regra do CEM, mesmo que a pedido do paciente. Contudo, a ortotanásia<sup>41</sup> é permitida, observando que a vontade do paciente

40. Disponível em: <<https://bit.ly/377477M>>.

41. A Resolução do CFM tombada sob o no 1.805, de 9 de novembro de 2006, dispõe que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <<https://bit.ly/3dAxMHx>>. Acesso em: 16 set. 2020.



deve ser levada em consideração, isso significa que o consentimento dele é condição para a implementação das condutas.<sup>42</sup>

O consentimento (e a recusa) pressupõe que o sujeito central do tratamento ou seus representantes (legais, judiciais ou consensuais – procurador de cuidados de saúde) tenham recebido informação adequada (qualificada) sobre as vantagens e desvantagens de determinada conduta médica. O consentimento (e a recusa), que pode ser revogado, deve ser obtido antes de qualquer conduta,<sup>43,44</sup> ressalvadas as hipóteses já indicadas, visando a garantir o exercício da autodeterminação, além de garantir um prazo adequado de reflexão.

Esse processo retórico de informação mantido entre o médico e o paciente que antecede o consentimento (ou a recusa), que, como já se observou, é condição, como regra, para qualquer conduta médica, acontece, portanto, a partir da conjugação entre conhecimento, intenção e liberdade.<sup>45</sup>

É apoiando-se nessa conjugação de elementos que o paciente poderá efetivamente deliberar – ou escolher não deliberar – acerca de condutas médicas que lhe são propostas e, dessa deliberação, aceitar (ou recusar) aquela (ou aquelas) medida que melhor atenda aos seus interesses existenciais, garantindo-lhe, assim, efetivamente o papel de protagonista e de sujeito central nas decisões que envolvem sua saúde.

### 3. A AUTONOMIA DO PACIENTE: RECUSA INFORMADA E SITUAÇÕES CONCORRENTES

A intervenção médica, como se afirmou, tem como antecedente um processo de interação dinâmica em que são prestadas informações claras, adequadas e verdadeiras para que o paciente ou seus representantes possam aceitar ou recusar as condutas propostas pelo médico. Se, após a deliberação, o paciente com capacidade sanitária concordar de forma livre, voluntária e consciente com a atuação do médico, tem-se o consentimento informado. Entretanto, o paciente pode não aceitar as condutas médicas sugeridas, bem como pode reconsiderar o aceite anterior. Trata-se, aqui, da hipótese de recusa de tratamento, em

42. Uma vez determinada a morte encefálica, é possível a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos de indivíduo não doador (Resolução do CFM tombada sob o nº 1.826, de 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/3k175xX>>. Acesso em: 16 set. 2020). Os critérios do diagnóstico de morte encefálica estão previstos na Resolução do CFM tombada sob o nº 2.173, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/34Zclfs>>. Acesso em: 16 set. 2020. No mesmo sentido dessas regulações do CFM está o Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017, que regulamenta a lei de transplantes (Disponível em: <<https://bit.ly/3j2cnlv>>. Acesso em: 16 set. 2020). O parágrafo único, do art. 19 do Decreto prevê que, após a determinação da morte encefálica, e não sendo o caso de doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, por qualquer motivo, “o suporte terapêutico artificial ao funcionamento dos órgãos será descontinuado, hipótese em que o corpo será entregue aos familiares ou à instituição responsável pela necropsia, nos casos em que se aplique”.

43. O art. 6o, item “a”, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, prevê que: “Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito”. Disponível em: <<https://bit.ly/3k0wt7j>>. Acesso em: 14 set. 2020.

44. **Recomendação do Conselho Federal de Medicina tombada sob o nº 1, 21 de janeiro de 2016.** Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <<https://bit.ly/3dFAxrj>>. Acesso em: 14 set. 2020.

45. Para Godinho, “esta ideia de consentimento informado não significa senão a inclusão do doente na prática médica: para a efectivação de actos médicos, o médico deve informar o doente por forma a que este último se possível compreender e valorar as suas opções e prestar – ou não – o seu consentimento à concretização desses mesmos actos.” (GODINHO, 2015, p. 64).

outras palavras, o ato pelo qual o paciente rejeita o início ou a continuidade de uma intervenção médica. Essa recusa é externada por meio do termo de recusa de tratamento livre, informado e esclarecido.

É possível dividir a recusa de tratamento em duas espécies: a ampla e a restrita. Enquanto a primeira é aplicável em qualquer circunstância, a segunda tem aplicação em situações em que não há possibilidade de cura para a doença do paciente.<sup>46</sup>

Partindo da delimitação das espécies de recusa de tratamento, entende-se importante a indicação de situações que, direta ou indiretamente, podem estar na esfera de influência de cada uma delas. Entre essas situações, pode-se indicar: a) paciente terminal; b) doença irreversível ou incurável; c) doença em fase terminal; d) tratamento fútil ou futilidade terapêutica; e) cuidados paliativos; f) suspensão ou limitação consentida de tratamento; g) eutanásia; h) distanásia; i) suicídio medicamente assistido; e j) ortotanásia.

O paciente terminal pode ser entendido como aquele que sofre risco de morte em função da evolução de uma doença grave e que é eventualmente incurável. Para as doenças que não têm cura, considerando o estado atual da ciência, os pacientes também não têm expectativa de vida. Essas doenças entendem-se como irreversíveis e incuráveis.

A fase terminal de uma doença deve ser compreendida como uma condição médica cujo prognóstico esperado não supere uma expectativa de vida de seis meses.<sup>47</sup> As doenças terminais se relacionam diretamente com a ideia de futilidade terapêutica,<sup>48</sup> que pode ser entendida como emprego de técnicas desproporcionais ou métodos extraordinários de tratamento que não são capazes de promover a melhora, limitando-se ao prolongamento artificial de um estado terminal ou irreversível, muitas vezes recusados pelo paciente.

Considerando essa limitação conceitual de futilidade terapêutica, devem-se enfrentar outras questões que lhe são correlatas. As medidas ou técnicas desproporcionais têm num período relativamente curto de tempo (p. ex.: 3 a 6 meses).<sup>49</sup> (MÖLLER, L. L. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 34).

As medidas desproporcionais devem ser entendidas como aquelas cujos efeitos são mais graves do que as vantagens apresentadas em relação aos cuidados com o paciente. Em sentido oposto, as proporcionais têm efeitos gravosos menores do que os benefícios apresentados.<sup>49</sup>

46. Cf. BARROSO, L. R. B.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coords.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 180.

47. Segundo Möller, deve-se considerar em estado terminal aquele doente "cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo (p. ex.: 3 a 6 meses)." (MÖLLER, L. L. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 34).

48. Cf. REIS, T. C. S.; SILVA, C. H. D. Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coords.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 397. PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-108.

49. Reis e Silva assim se posicionam acerca da futilidade terapêutica e das medidas extraordinárias: "O termo 'tratamento fútil' encontra espaço entre definições de medidas extraordinárias e tratamentos desproporcionais. Onde 'Medidas Extraordinárias' podem ser definidas como condutas novas ou experimentais, normalmente caras, invasivas, heroicas e de tecnologia complexa, e 'Tratamentos Desproporcionais' seriam aqueles que, embora possam trazer algum benefício, o fazem à custa de muito sofrimento, altos custos e pobres resultados finais. Já a definição de fútil, de acordo Schineiderman, pode ser entendida como o tratamento que, mesmo que repetida várias vezes, não tem a chance de trazer benefícios ou atingir seus objetivos." (REIS, T. C. S.; SILVA, C. H. D. Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 397).

Os meios ordinários<sup>50</sup> são aqueles caracterizados por sua maior viabilidade econômica, além de serem de utilização corrente para a maioria dos casos e de aplicação temporária. Em contrapartida, os meios extraordinários são aqueles caracterizados por sua maior agressividade, maior custo, além de serem de utilização permanente.

Os cuidados paliativos,<sup>51,52</sup> que não implicam em abandono terapêutico, mas concretizam a ideia da arte médica do alívio da dor, visam a oferecer conforto ao paciente sem interferir na evolução da doença. Já a suspensão ou limitação consentidas de tratamento se materializam por meio das ordens de não ressuscitação ou reanimação<sup>53</sup> e na retirada ou na não oferta de suporte vital, medidas que visam à manutenção artificial da vida.<sup>54</sup>

Em contrapartida, a eutanásia<sup>55</sup> deve ser entendida como a ação ou omissão do médico que tem a finalidade de abreviar a existência de um paciente incurável e com grande grau de sofrimento. O oposto da eutanásia é a distanásia<sup>56</sup> (obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico), que significa o prolongamento artificial da vida em pacientes sem possibilidade de recuperação, ensejando, por meio de medidas desproporcionais e extraordinárias, o prolongamento do processo de morrer, que se torna lento e sofrido.

No suicídio medicamente assistido, o profissional não age ou se omite diretamente, mas oferece condições para que o enfermo provoque a sua própria morte.<sup>57</sup>

E, por fim, a ortotanásia, que se caracteriza pela suspensão dos recursos para a continuidade da vida de um enfermo de doença incurável, irreversível e terminal. Não se trata de antecipação da morte, como também não há relevância na omissão do médico, uma vez que ele, simplesmente oferecendo cuidados paliativos ao paciente, permite que o processo de morrer chegue ao seu termo final sem interferir.<sup>58</sup>

50. Cf. CABETTE, E. L. S. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à resolução 1.805/06 CFM – aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 27.

51. Cf. PARSONS, H. A.; CAVALCANTI, A. E. L. W. Cuidados paliativos: aspectos médicos e jurídicos, *passim*. In: MALUF, A. C. R. F. D. et al. (Coord.). **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012.

52. Möller leciona acerca do tema: “Os cuidados paliativos são o centro das preocupações nos chamados hospícios e na medicina paliativa. Ambos buscam responder ao desafio contemporâneo de humanizar a dor, o sofrimento e o processo de morrer. O hospício é uma instituição idealizada para cuidar de enfermos que estão sofrendo, constituindo-se numa alternativa à instituição hospitalar tradicional, sendo-lhes oferecida uma comunidade de apoio e um ambiente de proximidade e afeto. No hospício, reconhece-se a morte como inevitável e busca-se torná-la mais humana, mediante o cuidado das necessidades psicológicas, espirituais e sociais do doente. A medicina paliativa assenta-se em bases semelhantes. Busca ampliar as metas da medicina tecnológica contemporânea, tendo como objetivos a concentração efetiva no cuidado à dor e ao sofrimento, a preocupação tanto com a dor corporal como a ‘vida interior’ do paciente, bem como objetiva um processo de decisão que respeita a autonomia do paciente e o papel de seus representantes legais.” (MÖLLER, L. L. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63-64).

53. “As ‘ordens de não-reanimação’ consistem em uma forma de manifestação prévia do doente, onde este tem oportunidade de expressar antecipadamente sua vontade sobre o modo como deseja ser tratado em situações de enfermidades irreversíveis.” (PITHAN, L. H. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 39).

54. “Quando se fala em ‘omissão ou suspensão do suporte vital’, quer se falar, geralmente, no desligamento ou na não introdução de aparelhos de ventilação mecânica e na omissão ou interrupção do uso de drogas vasoativas (que estimulam o funcionamento cardíaco). É possível incluir-se aí, também, a ordem de não reanimar”. (VILLAS-BÓAS, M. E. N. *Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51). No mesmo sentido, PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

55. Cf. SANTORO, L. F. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117.

56. Cf. PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103. PESSINI, L. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2001, *passim*.

57. Cf. DIAS, J. F. A. “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3949, ano 137, p. 202-215, mar./abr. 2008. GODINHO, F. I. Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 262-267. BARROSO, L. R. B.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 181.

58. Neste sentido: ALMEIDA, A. J. T. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Á. V.; LIGIERA, W. R. (Coord.). **Direitos dos pacientes**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448-449; GIMENES, A. C. Ortotanásia. In: SCALQUETTE, A. C. S.; CAMILLO, C. E. N. (Coords.). **Direito e medicina**: novas fronteiras da ciência jurídica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111-120.

Pode-se dizer que todos esses termos e situações se desenvolveram como consequência da mudança de paradigma na relação mantida entre os profissionais e os pacientes. O apoderamento dos pacientes, consubstanciado na autodeterminação em termos dos cuidados de saúde que eles pretendem ou não receber, pode se materializar por meio de sua manifestação pessoal no ato em que as condutas médicas lhe são sugeridas ou do exercício da autonomia prospectiva, que é externada na forma das diretivas antecipadas de vontade.<sup>59</sup>

#### 4. ATO MÉDICO: UMA ANÁLISE QUE ANTECEDE A RESPONSABILIDADE CIVIL

O ato médico pode ser definido como aquele praticado pelo profissional no exercício de sua atividade.

De acordo com Rospigliosi,<sup>60</sup> o ato médico apresenta características que lhe são próprias, quais sejam, profissionalidade, execução típica e licitude. A profissionalidade está relacionada à qualificação de médico para sua execução; a execução típica, à observância de métodos e procedimentos reconhecidos e aceitos, considerando o estado da ciência no momento de sua execução; e a licitude, à normatização que vincula a atividade na medicina.

O ato médico, qualquer que seja sua forma de manifestação, é essencialmente complexo, uma vez que compreende condutas principais ou instrumentais com a mesma importância. Se o ato médico tem na sua natureza complexa uma importante característica, ele se comporta como um sistema, isto significa, uma série de atos ordenados em que a não observância de um deles altera a sua essência. Aqui retoma-se a ideia do consentimento como antecedente à conduta médica.

Já se afirmou que a informação é antecedente ao consentimento e que esse antecede qualquer conduta médica. Na hipótese de ausência de consentimento ou de consentimento pautado em informações não verdadeiras, por exemplo, mesmo que a execução do ato cirúrgico seja adequada, o sistema não funcionou adequadamente.

Seguindo tal postulado, pode-se afirmar que não cabe ao médico apenas bem executar um procedimento de intervenção, ele deve informar ao paciente os riscos da conduta, esclarecendo-os em caso de dúvida; obter o consentimento informado, observando eventuais recusas; registrar os atendimentos e as condutas na história clínica; preservar o sigilo do paciente; entregar os documentos médicos, quando for o caso; e observar os limites da publicidade médica, que está relacionada à eventual falha de informação.

59. BARCELLOS, C. A. K. *Diretivas antecipadas de vontade: procurador de cuidados de saúde*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização Breve em Direito da Medicina) – Centro de Direito Biomédico – Universidade de Coimbra, Coimbra/PT, 2017, passim.

60. ROSPIGLIOSI, E. V. *Derecho médico peruano*. 2. ed. Editorial Grijley: Lima, 2006, p. 57.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA VIOLAÇÃO AO PROJETO DE MORTE

A análise da responsabilidade civil em saúde, do médico, em especial, normalmente enfrenta a conduta do profissional de saúde, o nexo causal entre sua ação ou omissão e o evento morte ou sequelas residuais. A discussão é, via de regra, no sentido daquilo que o médico poderia ter feito para evitar o aparecimento ou o agravamento de sequelas residuais e/ou o evento morte.

Reservadas essas situações, passa-se para o enfrentamento dos elementos informadores da responsabilidade civil do médico.

Logo de início, afirma-se que a culpa do médico é “uma culpa profissional, a culpa contra uma regra técnica (violação de um estandarte consagrado pelas regras e práticas da medicina)”.<sup>61</sup> Portanto, o que será objeto de análise na apuração de responsabilidade é o ato médico.

A responsabilidade civil tem como pressupostos uma conduta (ação ou omissão) humana, um dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o prejuízo suportado pela pretensa vítima. A conduta deve estar revestida do elemento culpa, considerando que a responsabilidade do médico será sempre apurada mediante a sua verificação, independentemente da natureza da obrigação, assim dizendo, de meios ou de resultados.

Em geral, a apuração da culpa com contornos aplicados plenamente para a responsabilidade profissional se dá pela aplicação de um “juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento”<sup>62</sup> (culpa normativa).

O modelo abstrato de comportamento exigido dos profissionais da medicina é aquele que decorre da execução típica enquanto característica do ato médico e que pode ser definido como a observância, pelo profissional, de um conjunto de normas (regras e princípios), variáveis de acordo com a evolução da ciência e da própria sociedade e com as necessidades do paciente.<sup>63</sup>

A arquitetura desse modelo abstrato de comportamento do médico é bastante complexa e envolve a observância de protocolos dos deveres de conhecimento (educação continuada), de sigilo, de informação, da obtenção do consentimento e o de não intervenção, os quais devem ser confrontados com as necessidades do paciente em concreto.

61. GAMARRA, J. *Responsabilidad civil medica*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 37. v. 1. (Tradução nossa).

62. SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

63. Juan Carlos Tealdi é bastante feliz em suas considerações sobre o tema que envolve a arte médica (lei da arte): “Lex artis ad hoc é então o critério valorativo da correção do ato médico praticado levando em conta as exigências da profissão, a complexidade e importância do ato, e a influência de um conjunto de outros fatores como o estado do enfermo e seu prognóstico, as opiniões e desejos de seus familiares e a perspectiva da instituição de saúde.” (TEALDI, J. C. *Bioética de los derechos humanos en muerte digna*. Fundamentación y práctica de las decisiones en el caso Camila Sánchez. In: DOMINGUEZ, A. G. (Coord.). *Muerte digna*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 108. (Tradução nossa).

De todos esses elementos, os que interessam mais diretamente são os deveres de informação, de obtenção do consentimento e de não intervenção. Com eles é possível ampliar o leque de exemplos de obrigações derivadas da relação médico-paciente quando em confronto com a sua natureza. Aliás, pode-se dizer que a obrigação de prestar informação e aquela de obter o consentimento são de fazer; enquanto a obrigação de não intervenção consubstancia uma obrigação de não fazer.

A obrigação prestar informações, da espécie de fazer, pode ser entendida como de meio, em outros termos, o médico diligencia para prestar esclarecimentos ao paciente ou seus familiares, mas não pode ingressar no subjetivismo dos envolvidos para apurar se as orientações e os esclarecimentos foram efetivamente observados pelos interessados.

Em contrapartida, a obrigação de obter o consentimento após a prestação de informações é de resultado, ou seja, a concordância foi manifestada, ou não, para a execução de determinado ato.

No mesmo sentido, o dever de não intervir no corpo humano é uma obrigação que tem natureza de resultado. A toda evidência, para sustentar a obrigação de não intervenção, parte-se do pressuposto que o sistema que envolve o ato médico (complexo, por sua natureza, como já se afirmou) foi observado, ou seja, que o paciente foi informado e esclarecido, que foram apresentadas alternativas de tratamento e, após todo esse processo de retórica, o sujeito de cuidados recusou a implementação ou a continuidade de uma conduta ou recusou qualquer intervenção em seu corpo.

O ser humano, durante a sua existência, constrói a sua história a partir das experiências vividas, das crenças e dos valores absorvidos e da sociedade em que está contextualizado. A história construída revela a identidade de cada ser humano e viver de acordo com ela se relaciona diretamente com o postulado da dignidade da pessoa humana, com o princípio da liberdade (autodeterminação) e com a qualidade de vida de cada um.

Ao passo que as informações prestadas pelo médico na esfera de interesse de saúde permitem deliberar sobre aquilo que se pretende, ou não, de tratamento, a decisão do paciente está amparada em sua história construída, e a expressão de suas opções materializa a autodeterminação, que é um dos elementos da dignidade da pessoa humana.

Partindo dessas premissas, pode-se afirmar que a conduta do médico em não respeitar a vontade do paciente consubstanciada na recusa para uma intervenção constitui uma violação às regras técnicas da profissão.

Para a configuração da responsabilidade civil, no entanto, não basta a conduta culposa (sob o enfoque da culpa profissional), também são necessários o nexo causal e o dano.

A relação de causalidade, ou nexo causal, pode ser definida “como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro.”<sup>64</sup> Segundo Schreiber,<sup>65</sup> seja na esfera de interesse da responsabilidade contratual ou aquilina, o CC brasileiro adota a teoria da causalidade direta e imediata, em função daquilo que prevê o art. 403: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O mesmo autor refere, ainda, o desenvolvimento de uma subteoria da necessidade causal, que, segundo ele,

(...) entende que as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como relevadoras de um liame de necessidade – e não de simples proximidade entre a causa e o efeito. Haverá, assim, dever de reparar, quando evento danos for efeito necessário de determinada causa.<sup>66</sup>

Por essa subteoria, é possível “identificar danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa”.<sup>67</sup>

O último pressuposto da responsabilidade civil é o dano ou prejuízo que tenha nexo causal com a conduta do médico. Para o enfrentamento do dano, quando em confronto com a conduta do médico que executou um procedimento contra a vontade do paciente, retoma-se a ideia da liberdade de escolhas.

As escolhas do paciente, em termos de cuidado em saúde, refletem o seu planejamento de vida e essa organização da sua existência pode ter como consequência a morte, considerando que a existência deve ser vivida de acordo com os valores de cada um.

Carlos Fernández Sessarego,<sup>68</sup> para o qual o projeto de vida deve ser entendido como “aquele que assinala o rumo ou destino que o ser humano concebe para sua vida”, apresenta importantes considerações que fundamentam a premissa anteriormente citada:

64. SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56.

65. *Ibid.*, p. 62.

66. *Ibid.*, p. 62.

67. *Ibid.*, p. 56.

68. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Redes - R. Eletr. Dir. Soc., Canoas*, v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2IzjzPN>>. Acesso em: 15 set. 2020.

as opções, possibilidades ou oportunidades oferecidas ao ser humano e que antecedem as suas decisões são a garantia de que ele possui condições de eleger, preferir e decidir seus projetos de vida. E, se mundo exterior não oferecesse tais opções, de nada valeria ao ser humano ser ontologicamente livre, pois, não poderia exercer esta liberdade em atos ou condutas que pudessem encaminhar sua existência, seu projeto ao ápice.

A pessoa humana pode eleger como projeto não viver em situação de internação hospitalar, não ter que passar por procedimento de amputação de membro que lhe obrigue viver com mobilidade reduzida, bem como pode não querer se submeter a procedimento de reanimação após parada cardíaca que lhe possa causar sequelas residuais permanentes.

O desenvolvimento dessa questão enseja o enfrentamento de uma breve reflexão sobre o seguinte postulado: não é tudo que pode ser feito em termos de saúde que deve ser feito. O valor incidente sobre a situação sanitária que enseja uma tomada decisão (o que deve ou não ser feito) é, com certeza, aquele projetado pelo paciente a partir de sua história construída.

Considerando o contexto delineado, é possível afirmar que salvar a vida de um paciente para que ele viva em desacordo com aquilo que foi por ele projetado, inclusive no tocante ao modo pelo qual não pretendia estabelecer sua existência, causa prejuízo, seja direto ou indireto.

Com base nisso, surge a seguinte questão: cabe indenização por ser mantido vivo contra a própria vontade? A aparente simplicidade da pergunta contrasta com diversas dificuldades interpretativas.

Essa resposta não pode deixar de considerar a discussão entre os enfoques da sacralidade da vida ou da qualidade de vida. Sob o enfoque da sacralidade da vida, a resposta é negativa, ou seja, não existe dano decorrente da conduta de salvar uma pessoa, mesmo contra a sua vontade. No entanto, o referencial adotado deve ser o da qualidade de vida e, sob esse enfoque, o titular de direito é quem deve irradiar valores sobre aquilo que pode ou não renunciar o exercício na hipótese de não poder viver como projetou.

O paciente, por exemplo, pode renunciar ao exercício do direito de tratamento médico, instrumental, quando em confronto com o direito fundamental à saúde, mesmo que o não exercício, ao final, possa ter o mesmo efeito da renúncia, isto é, a morte. Para fins de advertência, cumpre observar que o paciente não pretendia a morte, mas, sim, viver de acordo com aquilo que projetou.

Dos termos abstratos para os concretos: o paciente não pretende tratamento médico que implique manutenção de ventilação mecânica, mesmo que essa decisão possa levá-lo à morte. E a discussão não é sobre terminalidade da existência, mas, sim, sobre circunstâncias



que podem levar a essa situação. O médico, contudo, institui a ventilação mecânica e o paciente ficará sob regime de internação hospitalar, ou mesmo domiciliar, enquanto viver. Não era isso o que o paciente pretendia: seu projeto de vida, modulado em função da patologia (ou de um acidente) para ser incluído como morrer (ou como não viver), foi obstaculizado pela conduta médica. Houve, portanto, um dano ao seu projeto de vida.

Para Sessarego,<sup>69</sup> este merece proteção jurídica e, conseqüentemente, é reparável:

(...) se esta realidade é ignorada ou resta desprotegida, estaríamos abandonando as pessoas a sua própria sorte no que se refere ao cumprimento (ou não) de seus destinos, ao exercício de suas liberdades no mundo em que lhes cabe viver, ao sentido que deram as suas vidas. Perder-se-ia, enfim, a razão de ser que informa cada existência.

Se, para Sessarego,<sup>70</sup> o dano ao projeto de vida, ou o dano existencial,<sup>71</sup> é reparável, embora ele reconheça a dificuldade de reparação de danos relacionados à qualidade de vida (danos ao bem-estar ou danos existenciais), Rizzardo<sup>72</sup> indica o quanto transcendente pode ser o dano:

o dano pode atingir a universalidade de bens existentes, como o patrimônio material ou econômico da pessoa física ou jurídica, os seus valores espirituais e interiores, o nome, a boa fama, o conceito social, a paz, a liberdade, a honra, a intimidade, a normalidade corporal, a apresentação ou integridade física, as relações sociais, a amizade, a tranquilidade pessoal, e assim outros bens de ordem espiritual e mesmo físicos que entram na esfera de direitos e são importantes, senão necessários, para a normalidade da vida, a possibilidade da coexistência e a realização do ser humano nas mais diversas esferas da existência humana.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta qualquer restrição à reparação do dano ao projeto de vida (ou morte) causado pelo médico pela não observância do dever de não intervenção contra a vontade do paciente.

O CDC prevê como direito do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI), o que, no presente contexto, deve ser entendido como toda a gama de universalidade de valores relacionados com os atributos da personalidade.

O art. 186 do CC prevê que aquele que agir com culpa e causar dano, mesmo que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O dano exclusivamente moral, considerando que

69. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Redes - R. Eletr. Dir. Soc.*, Canoas, v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2H4meQP>>.

70. *Ibid.*, p. 41-57.

71. De acordo Soares, para quem o dano existencial implica alteração relevante na qualidade de vida, pode-se conceituá-lo com "a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento norma da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina." (SOARES, F. R. Responsabilidade por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44).

72. RIZZARDO, A. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Forense, 2019, p. 47.

o art. 927 do CC não indica qualquer restrição para a natureza do passível de ressarcimento (princípio da máxima reparação), deve ser de entidade como qualquer, inclusive aquele decorrente da violação do projeto de morte, aqui entendido como a pretensão de não viver sem qualidade de vida.

## 6. CONCLUSÕES

A relação médico-paciente tem por finalidade a prestação de serviços à vida, à saúde, à integridade física e psíquica e, por isso, implica diversos direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos fundamentais têm, em núcleo essencial, a dignidade da pessoa que irradia efeitos de eficácia tanto para o Estado quanto para os particulares. Um elemento importante da dignidade da pessoa humana é a autodeterminação, que ganha contornos de regra, além de postulado, nas relações de saúde.

Para dar concreção a esses contornos e diminuir a assimetria informacional entre os provedores de saúde e os pacientes, é dever do médico prestar informações claras e adequadas para aquele que está aos seus cuidados. É com base nas informações recebidas que o paciente poderá fazer escolhas acerca das intervenções médicas que ele pretende que sejam, ou não, implementadas.

Se a autodeterminação é um direito fundamental do paciente, o desrespeito para com suas escolhas pode ensejar a responsabilidade civil do profissional de saúde. Tal alegação é reforçada pela ideia de que não basta ao médico bem executar uma intervenção, ele tem a obrigação de informar, esclarecer e respeitar, salvo imperativo normativo, as escolhas validamente feitas pelo paciente. Se assim não agir, o profissional de saúde que causar dano ao paciente está sujeito à reparação.

O dano pode subsistir, mesmo quando o médico “salva a vida” de um paciente, considerando que o titular do direito (atributo da personalidade) pode ter feito escolhas (projeto de vida) que não se coadunam com a nova realidade imposta após a intervenção médica.

A partir das premissas apresentadas, tem-se a seguinte pergunta: um médico deve ser responsabilizado pelos eventos adversos decorrentes da intervenção médica que salva a vida de um paciente contra a sua vontade?

Considerando a discussão aqui apresentada, a resposta a essa pergunta é positiva. O médico deve observar as regras técnicas e utilizar os equipamentos disponíveis em

benefício do seu paciente, considerando aquilo que o sujeito de direito escolheu como o seu melhor interesse, salvo, como já se observou, imperativos normativos que devem ser analisados quando em confronto com o postulado da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUER, A. **Direitos humanos dos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALMEIDA, A. J. T. A ortotanásia e a lacuna legislativa. *In*: AZEVEDO, Á. V.; LIGIERA, W. R. (Coord.). **Direitos dos pacientes**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 448-449.

ASCENSÃO, J. O. A terminalidade da vida. *In*: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARCELLOS, C. A. K. **Direito sanitário: diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais**. Jundiaí: Paco, 2015.

BARCELLOS, C. A. K. **Diretivas antecipadas de vontade: procurador de cuidados de saúde**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização Breve em Direito da Medicina) – Centro de Direito Biomédico – Universidade de Coimbra, Coimbra/PT, 2017.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Fórum, 2012.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. *In*: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coords.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 180.

BORGES, R. C. B. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABETTE, E. L. S. **Eutanásia e ortotanásia: comentários à resolução 1.805/06 CFM – aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2009.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina**. Disponível em: <<https://bit.ly/2UW29zJ>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, p. 269-270, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/319tfXo>>. Acesso em: 16 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 2.217, de 1 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 179, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/37cSE6v>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1.826, de 6 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos de indivíduos não doadores. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 133, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/340QHZ6>>. Acesso em: 16 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 2.173, de 15 de dezembro de 2017. Define do diagnóstico de morte encefálica. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 274-276, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3j1jpd>>. Acesso em: 16 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1.805, de 28 de novembro de 2006. Dispõe que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**, seção 1, Brasília, DF, p. 169, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2IxYrcG>>.

\_\_\_\_\_. A Resolução do Conselho Federal de Medicina tombada sob o no 1.995, 9 de agosto de 2012, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. Disponível em: <<https://bit.ly/375ITbx>>.

COSTA, J. F. Em redor da noção de acto médico. In: COSTA, J. F.; KINDHÄUSER, U. (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

DIAS, J. F. A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 137, n. 3949, p. 202-215, mar./abr. 2008.

DUQUE, M. S. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? **Redes - R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v. 5, n. 2, p. 41-57, nov. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/351dfYL>>. Acesso em: 15 set. 2020.

GAMARRA, J. **Responsabilidad civil médica**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1999. v. 1.

GIMENES, A. C. Ortotanásia. In: SCALQUETTE, A. C. S.; CAMILLO, C. E. N. (Coords.). **Direito e medicina**: novas fronteiras da ciência jurídica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111-120.

GODINHO, F. I. **Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

ROSPIGLIOSI, E. **Derecho médico peruano**. 2. ed. Editorial Grijley: Lima, 2006.

MÖLLER, L. **Direito à morte com dignidade e autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2007.

PARSONS, H. A.; CAVALCANTI, A. E. L. W. Cuidados paliativos: aspectos médicos e jurídicos, *passim*. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *et al.* (Coord.). **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012.

PESSOA, L. S. **Pensar o final e honrar a vida**: direito à morte digna. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-108.

PITHAN, L. H. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

REIS, T. C. S.; SILVA, C. H. Debenedito. Futilidade terapêutica nos cuidados ao fim da vida de pacientes oncológicos. In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (Coords.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RIBEIRO, D. C. Autonomia e consentimento informado. In: RIBEIRO, D. C. **A relação médico-paciente**: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Forense, 2019.

SÁ, M. F. F. **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTORO, L. F. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOARES, F. R. **Responsabilidade por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEALDI, J. C. Bioética de los derechos humanos em muerte digna. Fundamentación y práctica de las decisiones en el caso Camila Sánchez. In: DOMINGUEZ, A. G. (Coord.). **Muerte digna**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

TEIXEIRA, A. C. B. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. **Código civil interpretado conforme a constituição república** – parte geral e obrigações. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

VILLAS-BÔAS, M. E. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIEIRA, T. R. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, v. 6, n. 2, p. 221-234, jul./dez. 2003.



## O CONSENTIMENTO HIPOTÉTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

### THE HYPOTHETICAL CONSENT IN THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP

Carlos Victor Silva Paixão<sup>1</sup>

Hilton Vicente Porto Ribeiro<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O dever de informação na relação médico-paciente. 2.1. O conteúdo da informação. 2.1.1. O diagnóstico e o prognóstico. 2.1.2. As alternativas de tratamento. 2.1.3. Custos do tratamento. 2.1.4. Riscos e benefícios do tratamento. 2.1.5. Limites do dever de informar. 3. O consentimento livre e esclarecido. 4. O consentimento hipotético na relação médico-paciente. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A informação é elemento fundamental da relação médico-paciente. Trata-se do direito do paciente e do dever do médico, cujo cumprimento se materializa com a observação do processo de consentimento. A violação do direito de informação pode gerar dano autônomo, ocasionando ao médico o dever de reparação. Com a multiplicação de demandas indenizatórias fundamentadas na falha no dever de informar, é preciso aprofundar a análise da casuística, a fim de evitar que abusos possam ser praticados por ambas as partes. A teoria do consentimento hipotético surge como alternativa para avaliação da existência de dano indenizável nos casos em que o paciente não tem acesso a todas as informações relativas ao procedimento médico.

**Palavras-chave:** Relação médico-paciente. Dever de informar. Consentimento livre e esclarecido. Consentimento hipotético.

**Abstract:** Information is a fundamental element in the doctor-patient relationship. It is a patient's right and a doctor's duty, whose fulfillment materializes with the observation of the consent process. The violation of the right of information can generate autonomous damage, causing to the physician the duty of reparation. With the multiplication of claims for damages based on the failure to report, it's necessary to deepen the analysis of the cases

1. Advogado; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Guanambi; pós-graduado em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL); especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC) – Portugal; ex-professor voluntário de Direito Civil na UFS; e presidente da regional Sergipe do capítulo brasileiro da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico (Asolademe Brasil).

2. Advogado com atuação exclusiva nas áreas do direito médico e à saúde; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Especialista em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduado em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL; MBA Executivo em Saúde pela Fundação Getúlio Vargas; Membro da World Association for Medical Law; Vice-Presidente Regional Nordeste do Capítulo Brasileiro da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico – ASOLADEME BRASIL. Coordenador do Núcleo de Direito Médico do Porto Silva Advocacia e Consultoria.

in order to prevent abuses from being practiced by both parties. The hypothetical consent theory emerges as an alternative to assess the existence of indemnifiable damage in cases where the patient does not have access to all information related to the medical procedure.

**Keywords:** Doctor-patient relationship. Duty to inform. Free and informed consent. hypothetical consent.

## 1. INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente sofreu fortes alterações ao longo do tempo. O antigo modelo assistencial, pautado pelo médico da família, profissional que acompanhava todos os membros do seio familiar, atuando desde o nascimento, infância, vida adulta e até mesmo promovendo cuidados durante o processo de aproximação da morte, não mais se verifica no mercado.

Em sentido contrário, com a evolução social e tecnológica, a metodologia do médico de família fora substituída pela superespecialização profissional e por uma relação precária, influência de terceiros. Além disso, observamos na atual atividade médica a incorporação, quase que diária, de novos métodos de diagnóstico e de tratamento que criam riscos decorrentes do próprio processo assistencial, fatores esses que acabam por provocar o distanciamento entre as partes.

A evolução social trouxe consigo a necessidade de criação de normas para a regulação das novas relações sociais constituídas, passando a relação médico-paciente a ser regulada por princípios e regras que impõem a valorização da autonomia do enfermo e sua participação no processo decisório, mediante a possibilidade de manifestação da vontade, de forma esclarecida, após ter acesso às informações pertinentes ao seu estado de saúde e alternativas terapêuticas disponíveis.

Nesse contexto, o presente estudo se propõe a analisar as bases jurídicas do direito à informação, a necessária observação da obtenção do consentimento livre e esclarecido para a prática clínica, bem como a viabilidade da aplicação da teoria do consentimento hipotético como forma de avaliar a ocorrência de dano indenizável em casos de demandas movidas sob a alegação de deficiência informativa acerca do procedimento médico indicado ao paciente, contribuindo, assim, para evitar abusos por ambas as partes.



## 2. O DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A prática médica passou por grande processo evolutivo ao longo dos anos, com a incorporação de tecnologias e participação de diversos sujeitos, que vieram a compor uma extensa cadeia de prestação de serviços médicos, massificada e superespecializada, o que acabou por alterar sensivelmente a tradicional relação médico-paciente, promovendo o distanciamento entre esculápio e enfermo e dificultando a criação dos essenciais laços de respeito e confiança.

Sobre o atual modelo assistencial, Gustavo Bergstein aduz que “a própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando-se para a nomenclatura usuário e prestador de serviços, tudo sob a ótica de seus direitos, e cada vez mais exigente quanto aos resultados.”<sup>3</sup>

De fato, a nova ordem social estabeleceu uma relação de assistência e cuidados traduzida na contratação de prestação de serviços, na qual o contratante (paciente) participa ativamente do processo de decisão quanto aos rumos do tratamento, rompendo com o modelo assistencial paternalista de outrora, numa perspectiva de efetivo exercício do direito à autodeterminação do indivíduo.

Sob essa ótica, o pleno exercício da autonomia pressupõe uma decisão esclarecida, tendo a Constituição Federal (CF) adotado, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup> e elencado, como direito fundamental do cidadão brasileiro, o acesso à informação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), microssistema jurídico aplicável à relação médico-paciente, prevê como direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, bem como sobre os riscos que esses apresentem.

O Código de Ética Médica (CEM), por seu turno, enumera dentre as condutas vedadas ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, ressalvada a hipótese de comunicação direta que possa lhe provocar danos, na qual a informação deve ser dirigida ao seu representante legal.<sup>5</sup>

O Código Deontológico proíbe o esculápio, ainda, de deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal para a realização dos procedimentos/tratamentos médicos, após municiá-los de informações acerca da conduta médica indicada.<sup>6</sup>

3. BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

4. Immanuel Kant, em sua obra fundamentação da metafísica dos costumes, afirma que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Para Kant, coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes, no entanto, quando uma coisa está acima de todo o preço, não podendo ser substituída por outra equivalente, ela possui dignidade. Neste contexto estaria inserida a pessoa humana, dotada de dignidade, respaldando o imperativo categórico kantiano segundo o qual o “homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (2007, p. 68).

5. Resolução CFM nº 2.217/2018 – Código de Ética Médica. É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

6. Id., *Ibid.* É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

A violação do dever de informar acarreta o inadimplemento contratual por transgressão de dever anexo à boa-fé objetiva e poderá ocasionar a existência de dano autônomo por lesão à autonomia do paciente, ainda que não se observe a falha técnica do profissional no caso concreto.<sup>7</sup>

Dessa forma, após a análise dos regramentos acima citados, concluímos que o direito à informação, constitucionalmente garantido, previsto em legislação e normas de natureza administrativa, traduz-se num dever de informar a ser assumido pelo médico, cuja violação poderá ensejar a sua responsabilização.

## 2.1. O conteúdo da informação

O CDC, consoante pontuado, prevê o direito à informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços. Não basta, destarte, que a informação seja disponibilizada ao paciente, mas sim que ela seja suficiente para a compreensão, a fim de possibilitar a tomada de decisão autônoma, com base num juízo de valor próprio sobre as propostas diagnósticas e terapêuticas apresentadas.

Afigura-se fundamental que as intervenções médicas e a solicitação de exames sejam previamente explicadas, com o intuito de possibilitar que o paciente compreenda a importância daquelas e possa construir um laço de confiança com o profissional, favorecendo a completa resposta aos questionamentos levantados durante a anamnese e a revelação de informações essenciais para um correto diagnóstico.

Sobre o conteúdo dessas informações, Genival Veloso de França elenca qual o rol mínimo de esclarecimentos a serem fornecidos aos pacientes:

é fundamental que o paciente seja informado pelo médico sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre seus riscos ou suas consequências. Mesmo que o paciente seja menor de idade ou incapaz e que seus pais ou responsáveis tenham tal conhecimento, ele tem o direito de ser informado e esclarecido, principalmente a respeito das precauções essenciais. O ato médico não implica um poder excepcional sobre a vida ou a saúde do paciente. O dever de informar é imperativo como requisito prévio para o consentimento.<sup>8</sup>

Tratando do dever de informação diante de procedimentos cirúrgicos, Gustavo Borges propõe a necessidade de comunicação ao paciente de uma extensa lista de fatores relacionados à intervenção médica a ser realizada:

7. [...] O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva, e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente [...]. (STJ - Resp Nº 1.540.580 – DF (2015/0155174-9) Rel. Min Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª REGIÃO), Dje 04/09/2018).

8. FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 245.

nos deveres de informação e esclarecimento, que têm como fundamento a boa-fé objetiva, o médico deve prestar ao paciente todas as informações sobre: os riscos da (s) cirurgia (s); as mudanças corporais que “podem” ser alcançadas com o procedimento cirúrgico, sempre e taxativamente, alertando sobre a impossibilidade e se prometer, face às limitações científicas e anatômicas, a um determinado “resultado”; quais as partes do corpo que serão afetadas e os possíveis efeitos colaterais; as vantagens e desvantagens da hospitalização e da técnica a ser empregada; a duração que se prevê do tratamento, desde o pré-cirúrgico até o pós-cirúrgico; os exames que serão necessários, assim como suas finalidades; a necessidade ou não da anestesia e o tipo a ser aplicada; e, por fim, o instrumental que será utilizado, de modo a dar suporte e todos os subsídios para que o paciente possa se autodeterminar, de forma esclarecida, na tomada de decisão, tendo plena ciência dos riscos de suas condições clínicas.<sup>9</sup>

Barros Júnior adverte que tão ou mais importante que o conteúdo da informação é a qualidade dela. Caso os esclarecimentos prestados não permitam uma decisão autônoma e esclarecida, o consentimento informado converter-se-ia em mero consentimento, quiçá inútil.<sup>10</sup>

O jurista português André Gonçalo Dias Pereira pontua que deve ser alcançada uma solução equilibrada que possibilite a salvaguarda à autodeterminação do paciente sem, contudo, sujeitar os profissionais à excessiva vulnerabilidade no tocante à responsabilização pelo não cumprimento do dever de informar.

O mesmo autor aponta que a finalidade fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta. Devemos ter em vista o sentido teleológico deste dever de informar, em ordem a alcançar soluções equilibradas: que por um lado não sejam demasiado onerosas para os médicos, no sentido de estes ficarem excessivamente expostos à responsabilidade por violação deste dever; mas salvaguardando sempre que se alcança um nível de esclarecimento que permita afirmar que a opção do paciente foi livre e esclarecida, assim se respeitando o princípio da autodeterminação.<sup>11</sup>

Com efeito, a informação deverá ser transmitida de forma que possibilite a efetiva compreensão pelo paciente sobre os riscos e as variáveis decorrentes da condição clínica suportada, assim como da intervenção médica indicada. O conteúdo da aludida informação e a forma de transmissão deverão ser avaliados caso a caso, de acordo com as variáveis clínicas e condições próprias do paciente, todavia, deverá abranger um núcleo mínimo que permita a compreensão e o exercício da autonomia, consoante a seguir detalhado.

9. BORGES, 2014, p. 182-183.

10. BARROS JÚNIOR, E. A. *Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.110.

11. PEREIRA, A. G. D. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 372-373.

### 2.1.1. O diagnóstico e o prognóstico

De acordo com o dicionário brasileiro da língua portuguesa, Michaelis, o diagnóstico consiste na “qualificação dada por um médico a uma enfermidade ou estado fisiológico, com base nos sinais que observa”.<sup>12</sup>

Como já referido, o CEM estabelece que é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, salvo quando a comunicação possa lhe provocar dano. De igual maneira, a normativa ética proíbe<sup>13</sup> o exagero do diagnóstico, devendo o médico se limitar à fiel descrição do quadro clínico do paciente, sob pena de violar o dever legal de informação ao comunicar informações inverídicas.

O exagero e a dramatização da real situação clínica do enfermo configuram conduta imprudente, capaz de ocasionar danos à esfera psíquica do assistido e limitar seu poder de autodeterminação.

O prognóstico, por sua vez, pode ser definido como “o parecer do médico acerca da evolução e/ou prováveis consequências de uma doença”.<sup>14</sup>

Ao comunicar o prognóstico da enfermidade suportada, o médico deverá detalhar o estado de evolução da moléstia, bem como os possíveis desfechos do quadro clínico, ainda que o único esperado seja o óbito.<sup>15</sup> O paciente deve ter acesso aos detalhamentos sobre os sintomas relacionados à doença e possíveis limitações funcionais a serem desenvolvidas, que poderão impactar diretamente na qualidade de vida.

A ciência de suas reais condições de saúde possibilita que o doente, no exercício da sua autodeterminação, solucione questões internas, tome decisões de ordem pessoal e patrimonial, dentre outras, preparando o terreno para sua ausência e propiciando uma sequência de vida digna, mesmo que curta.

Imperativo registrar, ainda, que, em respeito ao já exhaustivamente detalhado direito à autonomia, o profissional não poderá atender o pedido de familiares, no sentido de deixar de informar ao paciente o seu real estado clínico e os desdobramentos esperados, salvo quando o paciente manifestar a sua vontade de não conhecimento das informações ou, também, diante da percepção de que a notícia causará danos importantes capazes de provocar malefícios de grande monta e comprometer o tratamento.

12. DIAGNÓSTICO. In: Dicionário Online da Língua Portuguesa: Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3jp8vl6>> Acesso em 30. ago. 2020.

13. CFM, op. cit.

É vedado ao médico: Art. 35 Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

14. PROGNÓSTICO. In: Dicionário Online da Língua Portuguesa: Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/37sadj9>>. Acesso em 30. ago. 2020.

15. Assim como no tocante ao diagnóstico, o profissional poderá deixar de comunicar ao paciente a integralidade do seu prognóstico, quando julgar que a comunicação possa vir a lhe provocar sérios danos. Tal previsão encontra-se no já citado Art. 34 do Código de Ética Médica.

### 2.1.2. As alternativas de tratamento

Outra questão que impõe a observação dos profissionais da medicina no momento da transmissão das informações ao paciente diz respeito às alternativas de tratamento disponíveis.

Não basta que o médico comunique ao enfermo o tratamento padrão eleito como o mais adequado à condição clínica que se busca enfrentar. É necessário que o paciente tenha acesso às alternativas terapêuticas existentes, bem como seus riscos, custos e benefícios, para que possa, de maneira autônoma, decidir a qual terapia deseja ser submetido. O médico tem a prerrogativa de indicar o tratamento eleito com base no seu julgamento clínico, desde que cientificamente reconhecido. Entretanto, a decisão a respeito de qual medida terapêutica seguir cabe unicamente ao paciente no efetivo exercício de sua autonomia.

O profissional não deverá aceitar que interferências externas ou interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens venham a interferir na indicação dos tratamentos disponíveis em benefício do doente.<sup>16</sup>

O CEM prevê que cabe ao esculápio utilizar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, de diagnóstico e de tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. Tal determinação evidencia que as alternativas de tratamento devem ser ofertadas, cabendo ao enfermo a escolha da terapia compatível com seus valores pessoais e interesses. Note-se que, nesse cenário, é possível que o paciente opte por se tratar com método menos moderno, com menores chances de cura, todavia que proporcione melhor qualidade de vida em seu curso.

Pereira considera que o dever de informar do médico restringe-se àqueles tratamentos que constituem opção razoável ao quadro de saúde do paciente, sendo despicienda a obrigação de elencar todos as alternativas terapêuticas possíveis.

O referido autor aponta que o médico não tem que informa sobre todos os tratamentos possíveis para aquele problema, mas apenas daqueles que constituem uma opção razoável de tratamento, excluindo-se deste âmbito a informação sobre tratamentos que ainda estão em fase experimental. Ele goza da liberdade terapêutica na escolha do tratamento que ele julga mais adequado, mas deve informar o paciente do tratamento escolhido e suas alternativas razoáveis.<sup>17</sup>

16. CFM, op. cit.

É vedado ao médico: Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

17. PEREIRA, 2004, p. 418.

Necessária se faz, também, a informação acerca da novidade do tratamento, numa perspectiva de que quanto mais recente seja a alternativa terapêutica, com resultados e complicações ainda não amplamente conhecidos, maior deve ser a oferta de informações, inclusive sobre as alternativas disponíveis, seus riscos e benefícios numa análise comparada com o tratamento mais moderno.

### 2.1.3. Custos do tratamento

A legislação consumerista prevê como direito básico do consumidor a informação sobre preço dos diferentes produtos e serviços, no que se enquadra a prestação de serviços médicos.

Deverá ser fornecido, de forma prévia, orçamento com discriminação detalhada dos custos dos procedimentos/tratamentos médicos indicados, com a ressalva de que durante a execução da medida terapêutica/diagnóstica, poderão sobrevir intercorrências que necessitem de intervenção anteriormente não orçada.

Diante de situações de urgência ou emergência, tem-se entendido que não persiste a obrigatoriedade de prévia apresentação de orçamento, uma vez que a assistência médica é conduta legalmente exigida.<sup>18</sup>

### 2.1.4. Riscos e benefícios do tratamento

É sabido que cada indivíduo possui natureza única, com variações fisiológicas próprias, o que acarreta a impossibilidade de atribuição de completa segurança às intervenções médicas.

Naturalmente, todo e qualquer tratamento implicará ao paciente algum risco, seja pela limitação técnica da ciência médica que até o presente momento fora incapaz de desenvolver tratamento 100% seguro, seja pela impossibilidade de previsão de todas as reações do organismo humano quando submetido à intervenção médica externa.

A exposição dos riscos e benefícios das alternativas terapêuticas disponíveis propicia que o paciente, de acordo com seus interesses e valores íntimos, faça a avaliação do custo-benefício de cada tratamento e escolha aquele mais adequado às suas pretensões.

18. Prestação de serviços médicos. Ação de cobrança de honorários. Contratação em caráter emergencial. Apresentação de orçamento prévio. Desnecessidade. Particularidades dos serviços médico-hospitalares prestados em caráter de emergência que permitem o afastamento da imposição do art. 40 do CDC. Precedentes. Abusividade não configurada. Remuneração que é devida pelos serviços prestados. Procedência da ação principal. Reembolso dos honorários médicos pela operadora do plano de saúde. Existência de profissionais habilitados na rede credenciada para realização do tratamento necessitado pela litisdenunciante não comprovada. Previsão contratual de reembolso de despesas, sem comprovação dos limites da apólice contratada. Restituição integral dos valores pagos. Recurso dos corréus parcialmente provido, recurso da denunciada desprovido. (TJSP; Apelação Cível 0212266-46.2011.8.26.0100; Relator (a): Maria Cláudia Bedorri; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 23/05/2018).

O CDC, consoante já trabalhado, prevê como direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os riscos dos produtos e serviços consumidos. O CEM – igualmente já referido –, por sua vez, proíbe o médico de deixar de informar ao paciente sobre os riscos e objetivos do tratamento, salvo, quando a comunicação possa lhe acarretar dano.

Pereira destaca o crescimento, na doutrina e jurisprudência portuguesa, da noção de que o médico seria obrigado a comunicar aos pacientes os “riscos significativos”, definidos como aqueles que “o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”.<sup>19</sup>

Gilberto Bergstein alerta que os riscos relacionados a cada procedimento médico variam e devem ser objeto de informação compreensível e completa ao paciente, sugerindo, ainda, que precisam ser utilizados elementos subjetivos e objetivos na gradação da informação transmitida. Os fatores subjetivos estariam relacionados às características próprias do paciente, tais como idade, nível sociocultural, estruturas psicológica, familiar, profissional e social. Constituiriam elementos objetivos a serem observados, a necessidade do tratamento, a urgência da intervenção, a novidade, o perigo que acarreta ao paciente, bem como a gravidade da enfermidade suportada.<sup>20</sup>

Deverão ser levantadas as hipóteses de contraindicação à realização do tratamento/procedimento médico. Além disso, a viabilidade da indicação terapêutica poderá variar de acordo com condições particulares do paciente, as quais devem ser objeto de avaliação durante detalhada anamnese. O profissional deverá averiguar doenças pré-existentes; condições genéticas relacionadas à vedação ou ao incremento dos riscos; atividade laboral desenvolvida, seu impacto no tratamento e em eventuais riscos pessoais; e características socioculturais que impliquem em flexibilização da linguagem ou necessidade de suporte técnico adicional, assim como comportamentos potencialmente prejudiciais ao sucesso da proposta terapêutica.<sup>21</sup>

Desta forma, características pessoais do enfermo poderão alterar o nível de incidência de riscos e são fundamentais para avaliar a informação a ser transmitida, a fim de que o paciente tenha plena ciência das variáveis relacionadas à enfermidade suportada e às medidas terapêuticas disponíveis, constituindo base para uma decisão autônoma.<sup>22</sup>

Imperativo destacar, ainda, que o dever de informação acompanha o profissional durante todo o curso do tratamento, sendo devida a comunicação de riscos identificados de forma superveniente, facultando ao enfermo a chance de dar sequência à terapia escolhida ou buscar uma outra alternativa.

19. PEREIRA, 2004, p. 396.

20. BERGSTEIN, 2014, p. 121.

21. *Ibid.*, p. 125.

22. *Ibid.*, p.127.

### 2.1.5. Limites do dever de informar

A informação, consoante visto, é elemento fundamental para a construção de uma sadia relação médico-paciente, assim como para o alcance dos melhores benefícios a serem extraídos dos tratamentos e procedimentos clínicos.

Não obstante, o dever de informação não é absoluto, existindo situações nas quais é facultado ao médico a omissão total ou parcial dos dados clínicos com vistas à preservação da saúde e bem-estar do paciente. Não se trata de conduta paternalista, mas, sim, de hipóteses em que a revelação das informações tem o potencial de provocar mais danos que benefícios ao assistido.

O médico, quando do exercício profissional, assume posição de garante,<sup>23</sup> possuindo o dever legal de agir em proteção à vida e à saúde dos enfermos submetidos à sua assistência. A recusa de atendimento poderá incorrer na prática de crime de omissão de socorro,<sup>24</sup> sujeitando o esculápio à condenação ao cumprimento de pena de detenção ou pagamento de multa. A depender do nível de negligência verificado no caso concreto, poderá ser imputado ao profissional, ainda, o crime de homicídio na sua modalidade culposa.

Em razão da obrigatoriedade de atendimento, o Conselho Federal de Medicina (CFM) incluiu, no CEM, a ressalva quanto ao dever de esclarecimento prévio ao paciente, em casos nos quais reste configurado o risco iminente de morte.<sup>25</sup>

Outra exceção ao dever de informar reside na hipótese de o paciente manifestar de forma expressa e unívoca, após esclarecido sobre o direito a receber todas as informações relativas a sua condição de saúde e tratamento/procedimentos propostos, a sua vontade de não ter acesso às mesmas.<sup>26</sup> Nesse caso, o sigilo deve ser mantido, salvo manifestação em sentido contrário por parte do paciente, que poderá solicitar que os esclarecimentos sejam prestados à família ou à outra pessoa designada. Importante, registrar, também, que a decisão poderá ser revogada a qualquer tempo, devendo ser disponibilizadas as informações caso solicitadas.

Por fim, será facultada ao médico a decisão de não informar o paciente quando for avaliado que a revelação das informações poderá trazer sérios prejuízos à saúde física ou

23. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

24. Id., *Ibid*.

Omissão de socorro

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

25. Entretanto, o médico sempre deverá considerar as diretivas antecipadas de vontade do paciente, se existentes e disponíveis, conforme estabelece a Resolução CFM nº 1.995/12.

26. O Conselho da Justiça Federal, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado de nº 4, segundo o qual os magistrados são orientados a interpretar o art. 11 do Código Civil, sob a perspectiva de possibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, desde que não seja permanente nem geral.

Enunciado nº4 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

4 - Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. Disponível em: <<https://bit.ly/3kmWnRV>>.



psíquica do enfermo.<sup>27</sup> Tal circunstância detém a guarida do CEM (art. 34) e caracteriza o chamado “privilégio terapêutico”.

Beuchamp e Childress advertem que o privilégio terapêutico somente deve ser levado a cabo em circunstâncias específicas, sob risco de colisão com a garantia constitucional do respeito à autonomia.

Os mesmos autores apontam que o privilégio terapêutico pode ser validamente invocado se o médico tiver razões para crer que a revelação tornaria o paciente incapaz de consentir ou recusar o tratamento. Em princípio, invocar o privilégio terapêutico nessas condições não entra em conflito com o respeito à autonomia, pois o paciente não seria capaz de uma decisão autônoma no nível necessário.<sup>28</sup>

Isto posto, o privilégio terapêutico deverá ser invocado com cautela, após a avaliação detalhada sobre as condições pessoais do paciente e o risco de danos de grande monta decorrentes da revelação das informações, devendo seguir como um dos princípios fundamentais da prática médica, respeitando a autonomia do enfermo.

Destarte, o processo de assistência médica pressupõe uma relação colaborativa entre os sujeitos envolvidos, necessitando de um detalhado e seguro fluxo de informações a serem direcionadas para a formulação do correto diagnóstico e eleição da conduta terapêutica adequada em benefício do paciente.

### 3. O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Como visto, os esclarecimentos médicos são fundamentais para o efetivo exercício da autonomia do paciente, por meio da manifestação da escolha de submeter-se ou não a determinado procedimento/tratamento.

O CEM elenca, dentre os seus princípios fundamentais, a necessidade de o médico aceitar as escolhas dos seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.<sup>29</sup>

Além da norma principiológica, o código deontológico, em seu - já exaustivamente referido - art. 22, veda expressamente que o médico deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente risco de morte. De igual maneira,

27. STJ, op. cit.

[...] O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal [...].

28. BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 171.

29. CFM, op. cit.

Princípio Fundamental 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.

o consentimento livre e esclarecido é exigido para a realização de qualquer pesquisa envolvendo seres humanos.<sup>30</sup>

O consentimento prévio, em verdade, constitui base elementar que legitima atuação do profissional de saúde. O consentimento livre e esclarecido, então, “consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados”.<sup>31</sup>

É possível lhe atribuir uma tripla função. Além de assegurar o respeito à autonomia e à dignidade do paciente, o efetivo processo de escolha esclarecida contribui para estreitar e efetivar a relação de colaboração mútua com o médico, da qual decorrerá uma decisão conjunta, cuja responsabilidade será compartilhada entre as partes. Outrossim, o consentimento delimitará os parâmetros de atuação do esculápio, limitando sua intervenção àquilo que fora discutido e autorizado pelo paciente, salvo diante de uma situação de emergência, quando o enfermo esteja sob risco.

França aduz que, em tese, todo procedimento médico necessita de autorização prévia do paciente ou de seu representante legal, exceto em raras situações, tais como na hipótese de iminente risco de morte. O autor alerta, ainda, que não basta o simples consentimento para a validação da conduta médica, sendo necessário que a permissão seja obtida de indivíduo civilmente capaz e após entendimento das informações recebidas, numa manifestação de vontade livre de qualquer coação ou influência.

O mesmo autor adverte que a ausência desse requisito pode caracterizar infrações aos ditames da Ética Médica, a não ser em delicadas situações confirmadas por iminente perigo de vida. Além disso, exige-se não só o consentimento puro e simples, mas o consentimento esclarecido. Entende-se como tal o consentimento obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma consulta, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser colhido através de simples assinatura ou de leitura apressada em textos minúsculos de formulários a caminho de salas de operação. Mas por meio de linguagem acessível ao seu nível de conhecimento e compreensão.<sup>32</sup>

Com efeito, a validade do consentimento dado depende da necessária compreensão pelo paciente acerca das variáveis clínicas e sociais da sua doença e dos tratamentos e procedimentos indicados. A obtenção do consentimento válido traduz uma tomada de decisão compartilhada no âmbito de uma relação recíproca entre médico e paciente,

30. Ibid.

Art. 101 Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

31. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3jioPnx>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

32. FRANÇA, 2013, p. 20-21.

necessitando de diálogo continuado e alinhamento das expectativas quanto aos reais benefícios da medida terapêutica assim como a cientificação de possíveis complicações.

O consentimento não se esgota num único momento, devendo ser observado durante toda a prestação de serviços, com a imperativa concessão de tempo razoável para reflexão, a fim de que o paciente possa tomar livremente sua decisão, após análise individual ou discussão com pessoas de sua escolha.<sup>33</sup>

Há de se destacar, conforme supracitado alerta de França, que o consentimento juridicamente relevante pressupõe a capacidade civil para a tomada de decisão. O Código Civil (CC) brasileiro prevê que a capacidade para o pleno exercício dos atos da vida civil se adquire aos 18 (dezoito) anos de idade. Desse modo, os menores de idade deverão, necessariamente, ser assistidos ou representados por quem detenha o poder familiar, enquanto os maiores com capacidade de discernimento prejudicada manifestarão sua vontade por meio de seus representantes legais.

Assim, a validade jurídica do consentimento pressupõe a obtenção prévia de esclarecimentos em linguagem acessível, a compreensão das informações recebidas e a manifestação de vontade livre de qualquer coação e oriunda de indivíduo civilmente capaz.

A obtenção do consentimento, verdadeiramente, apresenta-se como um processo iniciado desde o primeiro contato do esculápio com o seu paciente e que se prolonga no tempo até a finalização do tratamento.

A Resolução nº 466/2012 do Ministério da Saúde (MS), que trata dos requisitos a serem observados nas pesquisas envolvendo seres humanos, estabelece as etapas do processo de consentimento livre e esclarecido, num procedimento que poderia, sem maiores dificuldades, ser importado para a prática clínica. Na etapa inicial, o profissional deve promover o esclarecimento do paciente, em local adequado, com linguagem acessível e tempo para reflexão e consulta aos familiares ou às pessoas que possam ajudá-lo na tomada de decisão. Num segundo momento, deve ser apresentado o termo de consentimento livre e esclarecido para que seja lido e compreendido e, posteriormente, assinado pelo paciente ou seu representante legal.<sup>34</sup>

33. BERGSTEIN, 2013, p. 171.

34. Resolução nº 466/2012 do Ministério da Saúde

IV - DO PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe com consentimento livre e esclarecido dos participantes, indivíduos ou grupos que, por si e/ou por seus representantes legais, manifestem a sua anuência à participação na pesquisa.

Entende-se por Processo de Consentimento Livre e Esclarecido todas as etapas a serem necessariamente observadas para que o convidado a participar de uma pesquisa possa se manifestar, de forma autônoma, consciente, livre e esclarecida.

IV.1 - A etapa inicial do Processo de Consentimento Livre e Esclarecido é a do esclarecimento ao convidado a participar da pesquisa, ocasião em que o pesquisador, ou pessoa por ele delegada e sob sua responsabilidade, deverá:

a) buscar o momento, condição e local mais adequados para que o esclarecimento seja efetuado, considerando, para isso, as peculiaridades do convidado a participar da pesquisa e sua privacidade;

b) prestar informações em linguagem clara e acessível, utilizando-se das estratégias mais apropriadas à cultura, faixa etária, condição socioeconômica e autonomia dos convidados a participar da pesquisa; e

c) conceder o tempo adequado para que o convidado a participar da pesquisa possa refletir, consultando, se necessário, seus familiares ou outras pessoas que possam ajudá-los na tomada de decisão livre e esclarecida.

IV.2 - Superada a etapa inicial de esclarecimento, o pesquisador responsável, ou pessoa por ele delegada, deverá apresentar, ao convidado para participar da pesquisa, ou a seu representante legal, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para que seja lido e compreendido, antes da concessão do seu consentimento livre e esclarecido.

Salvo diante de situações legalmente exigidas, não há forma específica para a obtenção do consentimento.<sup>35</sup> O processo pode ser executado de forma exclusivamente verbal, desde que se certifique de que o paciente compreendeu todo o conteúdo da informação transmitida, emitindo uma decisão autônoma. A forma escrita, por meio do termo de consentimento, também poderá ser implementada, desde que acompanhada do esclarecimento oral e em linguagem compreensível.

Do ponto de vista probatório,<sup>36</sup> o consentimento escrito proporcionará maior segurança. Todavia, na prática médica diária, a aplicação indiscriminada do documento poderá burocratizar em demasia a relação médico-paciente, contribuindo para o distanciamento entre as partes. Dessa maneira, solução factível seria o registro detalhado em prontuário médico acompanhado por esclarecimentos orais de boa qualidade para procedimentos mais simples, ao passo que, diante de procedimentos/tratamentos de maior complexidade, tais como exames invasivos e cirurgias, a obtenção da comprovação do consentimento mediante documento escrito, seria a conduta mais adequada.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.540.580/DF, que tinha por objeto o pedido de indenização decorrente de falha de informação referente a tratamento cirúrgico que provocou danos ao paciente, decidiu que o efetivo cumprimento do dever de informação se dará quando “os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica”,<sup>37</sup> com posterior validação mediante consentimento individualizado.

Há que se alertar, ainda, para a possibilidade de vício de consentimento em razão do excesso de informações. No caso de procedimentos complexos, a previsão demasiada de informações no termo de consentimento pode acarretar uma situação de saturação informativa, dificultando o entendimento. Nesse caso, o excesso de informação acaba por gerar desinformação. Nelcina Tropardi adverte que o excesso de informação suprime a esfera de decisão do consumidor, provocando a violação do dever de informação.<sup>38</sup>

Nessa mesma linha, o CFM orienta que, na confecção dos termos de consentimento livre e esclarecido, sejam oferecidas ao paciente informações capazes de “contemplar o máximo de situações possível, e, para as intercorrências extremamente

35. A legislação impõe a necessidade de assinatura de termo de consentimento escrito em determinadas circunstâncias, a exemplo da doação de órgãos para transplantes, cirurgias de transgenitalização, dentre outras.

36. Neste sentido: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a exigência de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em termo de consentimento informado, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ - REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010).

37. STJ. Recurso Especial nº 1540580/DF. op. cit.

38. TROPARDI, N. C.O., apud BERGSTEIN, 2013, p. 142.

raras, pode solicitar-lhe no próprio termo se deseja recebê-las. Caso o paciente deseje, recomenda-se dar-lhe os meios de acesso.”<sup>39</sup>

Portanto, consentimento livre e esclarecido é pressuposto de legalidade da atuação médica, sendo o termo de consentimento um documento de fundamental importância para a comprovação do cumprimento do dever de informar. Conquanto, para que lhe seja conferida validade jurídica, deverá possuir um conteúdo suficiente para o esclarecimento do paciente, devendo ser evitado o excesso de informação, sob pena da saturação informativa invalidar a decisão do enfermo, tornando ilícita a conduta médica.

#### **4. O CONSENTIMENTO HIPOTÉTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Como visto, o dever de informação é o pré-requisito que legitima a atuação médica. Todavia, não se trata de dever absoluto, sendo possível, em determinadas situações, a omissão, total ou parcial, no intuito de salvaguardar a saúde e o bem-estar do paciente.

De igual maneira, o dever de informar esbarra na necessidade de avaliação criteriosa da quantidade de dados transmitidos ao paciente sob pena de ocorrência de uma saturação informativa que acabaria por viciar o consentimento colhido.

Não obstante a legalidade das hipóteses de limitação das informações transmitidas ao doente, a jurisprudência brasileira tem reconhecido como dano autônomo a ausência de informações acerca das variáveis e riscos dos procedimentos médicos, o que implicaria na “violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível.”<sup>40</sup>

Tal entendimento tem refletido considerável aumento de processos movidos contra médicos e instituições de saúde fundamentados na transgressão do direito à informação garantido ao paciente, mesmo que ausente uma suposta falha técnica. No entanto, não seria crível aceitar que a ausência de toda e qualquer informação seja suficiente para a responsabilização dos cuidadores.

Pereira adverte que não se tem de concluir, automaticamente, que o médico deva responder por todas as consequências negativas da intervenção nos casos em que for verificada a insuficiência das informações transmitidas. Tal posição significaria converter a responsabilidade por violação do consentimento informado numa forma camuflada de responsabilidade objetiva pelo dano iatrogênico.<sup>41</sup>

39. CFM, 2014, p. 27.

40. STJ. Recurso Especial nº 1540580/DF, op. cit.

41. PEREIRA, 2015, p. 443.

Kfouri Neto advoga que, para caracterizar a responsabilidade médica pela não obtenção do consentimento, “deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final.” O dano, portanto, deve ser consequência da falha de informação, presente imperativamente o nexo causal entre ambos.<sup>42</sup>

Kfouri vai além e pontua que, para que o médico seja responsabilizado, “deve-se demonstrar que a pessoa comum teria recusado o tratamento caso convenientemente informada. Nega-se a indenização se, com as mesmas informações e nas mesmas circunstâncias, outra pessoa, razoavelmente, aceitasse submeter-se à terapia.”<sup>43</sup>

Pode ser complicado concordar com tal posição, uma vez que a escolha do critério do paciente médio deixa de lado elementos subjetivos importantes para o efetivo exercício da autonomia por parte do enfermo. Entretanto, a simples deficiência na transmissão da informação não deverá ser passaporte para uma ação indenizatória.

Diante desse dilema, destaca-se a importância da análise da figura do consentimento hipotético e da sua aplicação na relação médico-paciente.

Trata-se de construção doutrinária alemã, decorrente da teoria do comportamento alternativo lícito, por meio da qual, em sua defesa em ações que questionam a falha no dever de informação, o médico – a quem incumbe o ônus da prova – poderá alegar que o paciente, mesmo que tivesse acesso à informação não recebida, de igual maneira, teria consentido a intervenção.<sup>44</sup>

Malgrado seja difícil a prova da decisão subjetiva do paciente de se submeter ou não a determinado tratamento/procedimento médico, é possível ao profissional ou nosocômio apresentar indícios importantes de que a decisão do enfermo não seria alterada.

Imagine-se o caso em que um paciente portador de hérnia inguinal se submete a procedimento cirúrgico de herniorrafia. Ele fora informado de que a intervenção poderia ter, como complicações, lesões de alças intestinais, trombose venosa profunda e embolia pulmonar. Ao desenvolver aumento de volume e dor testicular transitórios, por essa razão, processa o médico pela ausência de informação desses riscos específicos.

Não parece razoável concluir que o enfermo que, conscientemente, tenha optado por se submeter a procedimento cirúrgico com graves riscos de lesões intestinais, trombose e embolia pulmonar, viesse a tomar decisão diversa, caso cientificado que, transitoriamente, poderia ser acometido por aumento de volume e dores testiculares.

42. KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil dos hospitais**: código civil e código de defesa do consumidor. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 48.

43. *Ibid.*, p. 49.

44. *Ibid.*, p. 476.

Sobre tal problemática, o BGH (*Grundaufklärung*),<sup>45</sup> máxima corte alemã, tem se posicionado no sentido de que é obrigatório que seja dada ao paciente uma informação base que seja suficiente para se ter ciência do grau de gravidade da intervenção e dos possíveis danos a sua integridade física.<sup>46</sup>

Diante da ausência da informação base, tem defendido o BGH a tese de que o médico deva responder por todas as consequências advindas da intervenção, sobretudo, quando não comunicado o risco mais grave. A tese tem por fundamento a ideia de que o consentimento do paciente é indivisível e não visa isoladamente nenhum risco, mas, sim, o conjunto da intervenção médica.<sup>47</sup>

Todavia, o acolhimento da defesa do consentimento hipotético não busca limitar a autodeterminação do paciente, mas tão somente coibir eventuais abusos praticados sob a forma de pedidos de indenização em razão da violação do direito à informação acerca de procedimentos médicos.

Por essa razão, uma vez levantado o consentimento hipotético pela defesa do médico ou instituição de saúde, a jurisprudência e doutrina alemãs fixaram o entendimento de que, se a recusa da intervenção for medicamente irrazoável, o paciente terá que apresentar fundamentos plausíveis de que, caso tivesse acesso à informação completa, apresentaria um conflito de decisão (*Entscheidungskonflikt*).<sup>48</sup> Nestes casos, seria classificada como irrazoável a recusa que implique em riscos semelhantes ou mais graves aos da intervenção.<sup>49</sup>

O STJ português, por sua vez, ao julgar o caso de alegação de falha no consentimento em cirurgia plástica, elencou os requisitos do consentimento hipotético, atribuindo ao médico o ônus da prova.

A corte portuguesa fixou o entendimento de que o ônus da prova do consentimento hipotético, doutrina oriunda da jurisprudência alemã, pertence ao médico e obedece aos seguintes requisitos: 1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; e iii) visasse afastar um perigo grave; e 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto.<sup>50</sup>

O reconhecimento da validade do consentimento hipotético pressupõe: 1) prévia transmissão de informações; 2) a existência de indícios de que não haveria recusa do

45. Tribunal Superior de Justiça Federal Alemão.

46. *Ibid.*, p. 474.

47. *Ibid.*, p. 482.

48. Conflito de decisão.

49. *Ibid.*, p. 489.

50. STJ, ECLI:PT:STJ:2015:1263.06.3TVPRTP1.S1.B6.

consentimento firmado pelo paciente, caso tivesse acesso à complementação informativa; 3) a correta indicação técnica para a intervenção; e 4) indícios claros de que recusa do tratamento não seria uma escolha razoável, após analisadas as circunstâncias próprias do paciente no caso concreto.

No cenário brasileiro, verifica-se a tendência atual no reconhecimento da responsabilidade médica diante da falha no dever de informação, momento em razão das garantias postas pelo CDC.<sup>51</sup>

Encontra-se, desta forma, terreno fértil para a multiplicação de demandas indenizatórias que impactam diretamente na precarização da relação médico-paciente. À medida em que os profissionais passam a adotar postura defensiva, burocratizam o relacionamento, elevando os custos e dificultando a construção dos essenciais laços de confiança, estes fundamentais para uma boa prática médica.

Barros Júnior alerta que faz parte da essência do código consumerista buscar o equilíbrio nas relações de consumo e manter a continuidade das atividades econômicas.<sup>52</sup> De fato, a avaliação do dever de informação, assim como eventual pleito indenizatório pautado em vício de consentimento, deverá ser analisado sob ótica não somente da expressa dicção da lei, mas também tendo em vista a boa-fé objetiva que deverá guiar as relações jurídicas, sob pena de condenar a atividade médica – essencial à sociedade – ao calvário da burocratização e ao incremento de custos que naturalmente refletirão em prejuízo assistencial para toda a coletividade.

O consentimento hipotético apresenta-se, então, como construção doutrinária útil para a avaliação da ocorrência de danos decorrentes de falhas no processo de consentimento, sendo elemento a ser observado pelos julgadores no intuito de evitar abusos e garantir a efetiva justiça social.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a avaliar, mediante análise bibliográfica e normativa, a pertinência da aplicação da teoria do consentimento hipotético à relação médico-paciente, quando da ocorrência de falhas no processo de obtenção do consentimento do enfermo.

De fato, a validade do consentimento fornecido pelo paciente tem por base a tomada de decisão livre e esclarecida após efetivo processo informativo acerca das variáveis da moléstia suportada e das alternativas terapêuticas disponíveis. O direito à informação

51. Nesse sentido os julgados: TJ-SP - AC 4010305-42.2013.8.26.0576; TJ-RS - AC: 70082613399; TJ-DF - AC 0002581-11.2013.8.07.0018; TJ-MT - AC 00093585920078110002; TRF-1 - AC: 00154993720024013800.

52. BARROS JÚNIOR, op. cit., p. 315.



é consecutivo ao direito à autonomia e está amplamente resguardado pela legislação e normas éticas, constituindo um dever imposto ao esculápio, cuja violação poderá ensejar a responsabilização, mesmo que ausente qualquer falha de caráter técnico.

Entretanto, para que seja reconhecida a responsabilidade médica, não basta a simples ocorrência de falhas no processo informativo. Deverá ser demonstrado que, efetivamente, o conhecimento da informação suprimida seria suficiente para que o paciente repensasse a sua decisão de se submeter ou não ao procedimento médico indicado. Desse modo, refletiria, de fato, uma lesão a seu direito à autodeterminação, sob pena de impor ao médico ou instituição de saúde o dever de indenização diante de toda e qualquer informação não apresentada.

Como visto, há a necessidade de se equilibrar o conteúdo dos esclarecimentos prestados ao paciente com o propósito de evitar uma saturação informativa que acabaria por viciar o consentimento. Destarte, deverão ser apresentadas informações suficientes para que o enfermo tenha a real dimensão da gravidade dos riscos aos quais será submetido no caso de execução do tratamento/procedimento médico, sem, contudo, ter a sua capacidade de assimilação ameaçada.

Nessa perspectiva de buscar o equilíbrio das relações sociais, com intenção de preservar os postulados da boa-fé objetiva, a teoria do consentimento hipotético fornece ferramentas para a análise dos reflexos práticos da falha na transmissão de informações na relação médico-paciente, possibilitando ao julgador instrumento hábil para decidir demandas indenizatórias sob a ótica do real prejuízo decorrente da não observância do dever de informação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS JÚNIOR, E. A. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- BELTRAO, S. R. Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente. In: AZEVEDO, A. V; LIGIERA, W. R (Orgs.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BORGES, G. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/35XINAg>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. 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: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1957. Disponível em: <<https://bit.ly/34fdHDG>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/3maVg9s>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2TeRrn6>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/3jeJrNz>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: CNS, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/3pSvz01>>. Acesso em: 30 ago. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1540580/DF. Julgado em 02 ago. 2018. Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://bit.ly/36qOXJR>>.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3jioPnx>>. Acesso em: 30 ago. 2020

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2TdwaKv>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

DANTAS, E.; COLTRI, M. **Comentários ao Código De Ética Médica**: Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

DIAGNÓSTICO. *In*: Dicionário Online da Língua Portuguesa: Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2020.

FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GIOSTRI, H. T. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

JONSEN, A.; SIEGLER, M.; WINSLADE, W. J. **Ética clínica**: abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica. Tradução de Ananyr Porto Fajardo. 7. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LACAVA FILHO, N. **Responsabilidade penal do médico na perspectiva da sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATIELLO, F. Z. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2015.

PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. **ECLI:PT:STJ:2015:1263.06.3TVPRT.P1.S1.B6**. Julgado em 02.jun.2015. Relator: Maria Clara Sottomayor. Disponível em: <<https://bit.ly/35quvXQ>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PROGNÓSTICO. *In*: Dicionário Online da Língua Portuguesa: Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/37sadj9>>. Acesso em: 30. ago. 2020.

VASCONCELOS, C. **Contribuição da bioética para a simetria na relação entre médico e paciente**. 2011. 135f. Tese (Mestrado em Bioética) – Universidade dos Açores/Universidade Católica Portuguesa, Açores, 2011.



## PENA DE CASSAÇÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL E A “*ABOLITIO CRIMINIS*” NO DIREITO MÉDICO

### THE PENALTY OF REVOCATION OF PROFESSIONAL REGISTRATION AND THE “*ABOLITIO CRIMINIS*” IN MEDICAL LAW

Marcelo Coutinho Dias Ferreira Filho<sup>1</sup>

Vanessa Jéssica Mansur Silva<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Natureza jurídica do conselho profissional e do processo ético-profissional. 3. A pena de cassação do registro profissional constitucionalidade. 4. Previsão expressa em outros conselhos profissionais. 5. *Abolitio criminis* (abolição do crime) no direito penal Norma de direito material. 6. Possibilidade de aplicação analógica da *abolitio criminis* ao processo ético-profissional. 7. Hipótese atual de possível incidência da *abolitio criminis* no processo ético-profissional – CFM E CRM. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo discutirá aspectos acerca da constitucionalidade da pena de cassação de registro profissional e da possibilidade de aplicação analógica do conceito de *abolitio criminis*, bastante claro ao Direito Criminal, nos processos ético-disciplinares profissionais no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e dos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). A análise passará necessariamente por um estudo sobre os diplomas legais e regulamentares assemelhados, provocando o questionamento quanto à necessidade (ou não) de previsão expressa no Código de Ética Médica (CEM) ou no Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) do Conselho Federal de Medicina para a sua aplicação. Por fim, a título meramente exemplificativo, buscaremos discutir hipóteses atuais em que seria viável a aplicação da tese da *abolitio criminis* em sede administrativa, com a finalidade de aproximar o debate à realidade prática.

**Palavras-chave:** Cassação. Constitucionalidade. Processo ético-profissional. *Abolitio criminis*. Código de Ética Médica.

**Abstract:** This article will discuss aspects about the constitutionality of the penalty of revocation of professional registration and the possibility of analogically applying the concept of *abolitio criminis*, quite clear to Criminal Law, in professional ethical-disciplinary

1. Advogado; graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); pós-graduado em Direito do Trabalho pela pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2. Servidora pública estadual; graduada em Direito pelo Cesupa; pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus.

processes within the scope of the Federal Council (CFM) and the Councils Regional Medicine (CRMs). The analysis will necessarily go through a study on the similar legal and regulatory diplomas, causing the questioning as to the need (or not) of the provision expressed in the Code of Medical Ethics (CEM) or the Code of Ethical-Professional Process (CPEP) of the Federal Council of Medicine (CFM) for its application. Finally, for the sake of illustration only, we will seek to discuss current hypotheses in which it would be feasible to apply the thesis of *abolitio criminis* at the administrative level, in order to bring the debate closer to practical reality.

**Keywords:** Cassation. Constitutionality. Professional Ethical Process. *Abolitio criminis*. Medical Code of Ethics.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo ético-profissional, no âmbito dos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs) e do Conselho Federal de Medicina (CFM), ganha cada vez mais olhares dos profissionais do Direito, principalmente no atual contexto em que toda a medicina está no centro das atenções sociais em razão da pandemia provocada pelo vírus da covid-19.

O Direito Médico, até então, em que pese a extrema relevância, possui um vasto campo de estudo ainda não explorado. Nesse ponto, surgem diversas discussões acerca de normas regulamentares proferidas pelo CFM e pelos CRMs que, por anos, habitaram as diretrizes éticas da profissão, porém não possuindo, necessariamente, lastro de compatibilidade com os parâmetros legais e constitucionais.

De outro lado, há sem dúvida um vasto campo para a evolução das mesmas normas regulamentares, que devem acompanhar as necessidades da coletividade médica e não médica. Grande exemplo, é a necessidade (ou não) da implementação da telemedicina. Até pouco tempo, oscilava-se entre a permissão e a proibição do exercício da medicina por meios tecnológicos, o que levou recentemente à edição da Lei nº 13.989/2020<sup>3</sup> para autorizá-la em caráter excepcional.

É nesse contexto que se propõe o debate acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da pena de cassação do registro profissional (verificação da compatibilidade normativa vertical) e a possibilidade do incremento das normas éticas para incluir o instituto da *abolitio criminis* (abolição do crime) no Código de Ética Médica (CEM).

3. BRASIL. Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília: Congresso Nacional, 2020.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DO CONSELHO PROFISSIONAL E DO PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL

A primeira lição que se toma remonta ao artigo 58 da Lei nº 9.649/1998,<sup>4</sup> isso porque o dispositivo determina que “os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa”.

Seguindo nas disposições legais, o §1º do mesmo artigo ainda dispõe que a organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que, na composição desse, estejam representados todos seus conselhos regionais.

Percebe-se, portanto, que o legislador infraconstitucional promoveu verdadeira delegação de atividade eminentemente exclusiva do Estado. Daí surgiu a discussão, já superada nos autos do Mandado de Segurança (MS) nº 22.643,<sup>5</sup> quanto à natureza destas entidades administrativas.

Nesse sentido, encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Está prejudicada a Ação, no ponto em que impugna o parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1988, em face do texto originário do art. 39 da C.F. de 1988. É que esse texto originário foi inteiramente modificado pelo novo art. 39 da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela E.C. nº 19, de 04.06.1988. E, segundo a jurisprudência da Corte, o controle concentrado de constitucionalidade, mediante a Ação Direta, é feito em face do texto constitucional em vigor e não do que vigorava anteriormente. 2. Quanto ao restante alegado na inicial, nos aditamentos e nas informações, a Ação não está prejudicada e por isso o requerimento de medida cautelar é examinado. 3. No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. 4. Quanto ao mais, porém, as considerações da inicial e do aditamento de fls. 123/125 levam ao reconhecimento da plausibilidade jurídica da Ação, satisfeito, assim, o primeiro requisito para a concessão da medida cautelar (“*fumus boni iuris*”). Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em

4. BRASIL. Lei nº 9.949, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 04 dez. 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/36neB0x>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5o, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais. 5. Precedente: M.S. nº 22.643. 6. Também está presente o requisito do “*periculum in mora*”, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor. 7. Ação prejudicada, quanto ao parágrafo 3o do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998. 8. Medida Cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do “*caput*” e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação. (STF - ADI-MC: 1717 DE, Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 22/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25-02-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00063).<sup>6</sup>

Por óbvio que o exercício de atividade de natureza exclusivamente estatal, no caso, em destaque o poder de polícia, revela a impossibilidade de delegação de sua titularidade e exercício à sujeitos de direito privado.<sup>7</sup> Portanto, não há outra solução senão a atribuição da natureza autárquica às entidades dedicadas ao controle, fiscalização e regulamentação das atividades profissionais.

Vencido este primeiro ponto, faz-se necessária breve definição do conceito de jurisdição vigente em nosso ordenamento. Como se sabe, é antiga e pacífica, na doutrina, a atribuição da característica da unidade de jurisdição.<sup>8</sup> Indo além, a conceito de unidade se aproxima da noção de definitividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário quando do exercício de sua função típica, decorridos os prazos legais. Em termos mais simples, o nosso sistema constitucional adotou o sistema inglês, também conhecido de jurisdição *una*.<sup>9</sup> Segundo essa sistemática, somente o Poder Judiciário detém a capacidade de decidir conflitos com o atributo da definitividade, ainda que possuam origem administrativa.

O referido sistema difere-se do também conhecido e renomado sistema francês de jurisdição ou contencioso administrativo, em que há a presença de tribunais de índole meramente administrativa, capazes de julgar com caráter de definitividade suas lides.<sup>10</sup>

Assim sendo, por consequência, torna-se clara a análise acerca da natureza do processo ético-profissional.

Nessa perspectiva, as autarquias – nelas incluídas as de fiscalização do exercício profissional – possuem natureza jurídica de Direito Público, agem em delegação da atividade da estatal como decorrência do princípio da especialização, sujeitando-se a

6. BRASIL, 1998.

7. OLIVEIRA, R. C. R. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 298.

8. LENZA, P. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 764.

9. CARVALHO, M. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1150.

10. OLIVEIRA, 2019, p. 843.



todas as prerrogativas e sujeições do regime público e com certo distanciamento do ente instituidor, vez que entre eles há tão somente vinculação e não hierarquia.<sup>11</sup>

Por essa razão, titularizam, nos termos do ato de delegação, todos os poderes típicos do ente político, tais como, o de polícia, o disciplinar, o hierárquico, dentre outros.

Nesse ponto, destaca-se a doutrina de Matheus Carvalho:

é fato que tais Conselhos de Profissão atuam no exercício do poder de polícia pelo fato de limitarem e definirem o contorno para o exercício das profissões e ofícios por ele reguladas, exigindo licenças para o exercício regular da atividade e aplicando penalidades, pelo que não podem ostentar a qualidade de particulares.<sup>12</sup>

Como se percebe, o processo ético-profissional se insere nos limites da competência administrativa, não se confundido com as atribuições do Poder Judiciário.<sup>13</sup>

Sobre o tema, vale ainda destacar que, no âmbito dos processos administrativos, insere-se o que alguns passaram a chamar de atividade jurisdicional sem definitividade. Em outros termos e nas palavras de ilustre doutrinador Pedro Lenza, no âmbito administrativo há tão somente “coisa julgada administrativa”,<sup>14</sup> como decorrência da determinação constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXVI).

No presente estudo, o que nos interessa é o poder de instaurar o processo ético-administrativo e punir os sujeitos submetidos a sua jurisdição administrativa.

Assim, é indiscutível a natureza jurídica autárquica das entidades de fiscalização profissional, por consequência os processos ético-disciplinares possuem o conteúdo administrativo, gerando definitividade meramente no interior e dentro dos limites legais reservados à competência desses entes.

### **3. A PENA DE CASSAÇÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL CONSTITUCIONALIDADE**

Segundo a Constituição Federal de 1988 (CF/88), é garantido o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF/88, art. 5º, XIII). Há ainda outros artigos com sede constitucional que oportunizam e incentivam o livre exercício profissional, como, por exemplo, o art. 1º, IV; art. 6º e art. 170, VIII.

11. *Ibid.*, p. 81.

12. CARVALHO, op. cit., p. 189.

13. OLIVEIRA, op. cit., p. 843.

14. CARVALHO, op. cit., p. 1174.

A primeira percepção que se tem é o estímulo constitucional à busca do pleno emprego, do livre exercício profissional e da manutenção das prerrogativas necessárias à sua prática. Porém, não se deve esquecer do postulado basilar do direito de que nenhum é absoluto, nem mesmo o direito à vida (art. 5º, XLVII, *a*).<sup>15</sup>

Assim, o exercício da atividade de qualquer ofício ou profissão se submete aos ditames regulatórios do Estado quando esses sejam necessários à garantia da segurança das relações jurídico-sociais (CF/88, art. 5º, XIII).

Por tais razões, do ponto de vista constitucional, não se vislumbra impedimento à aplicação da pena de cassação do registro profissional. Dito de outra forma: não parece inconstitucional a aplicação de pena de cassação do registro profissional.

Resta claro que a aplicação de qualquer pena, seja em sede jurisdicional ou administrativa, vincula-se aos preceitos também constitucionais da garantia do devido processo legal, com a observação do contraditório e da ampla defesa, permitindo aos sujeitos do processo todos os meios de defesa admitidos e dentro da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LIV, LV e LXXVIII).<sup>16</sup>

A discussão ganha força, entretanto, quando se analisa a perpetuidade da sanção administrativa. Ora, como se sabe, os conselhos profissionais atuam em delegação do poder estatal, exercendo típica atividade exclusiva de direito público, por meio da diretriz constitucional da legalidade (art. 5º, II).

Os atos das respectivas autarquias sujeitam-se ao famoso binômio das prerrogativas e sujeições, sendo, portanto, ato administrativo.<sup>17</sup> Por consequência, o processo ético-profissional sujeita-se aos limites da pirâmide normativa vigente, que tem por ápice a CF, e dela se irradiam hierarquicamente todas as demais normas.

Nesse contexto, importante lembrar que a Carta Magna veda expressamente penas de caráter perpétuo (CF/88, art. 5º, XLVII, *a*) e, neste ponto, ressalta-se, não há exceção. Diante de tal informação, questiona-se a constitucionalidade da norma que permite a aplicação de sanção com efeitos *ad perpetuam* (imutável).

Vale ainda destacar que os próprios efeitos penais da sentença condenatória, em razão de expressa previsão legal (Código Penal, art. 64, I), devem ser descartados após o período de 5 anos para efeitos de reincidência, o que demonstra a intenção do legislador infraconstitucional de obedecer a diretriz constitucional da não perpetuidade de qualquer sanção.

15. MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 35.

16. MORAES, op. cit., p. 112.

17. CARVALHO, op. cit., p. 62-66.

Como em quase toda discussão teórica, há entendimentos pela constitucionalidade da norma, ainda que não haja previsão para a reabilitação profissional. Há, inclusive, quem já tenha tentado argumentar a existência de distinção entre sanção e pena, o que não parece ter respaldo doutrinário, legal ou jurisprudencial.<sup>18</sup> Sanção é pena, e a CF proíbe penas de caráter perpétuo.

Alegar que os conselhos possuem total autonomia (liberdade) para dispor sobre o assunto, com o fundamento de que são autarquias criadas para o exercício da fiscalização e normatização profissional, não é suficiente.

Não se questiona a autonomia dos conselhos e a permissão para a fiscalização e regulamentação da atividade profissional, todavia é básico no ensino jurídico que tais normas não possam contrariar a pirâmide normativa, que encontra seu ápice na CF, tampouco extrapolar os limites do ato de delegação.<sup>19</sup>

Portanto, leis devem respeito à CF, da mesma forma que normas dos conselhos profissionais devem respeito às leis e à Constituição, pois se encontram abaixo dessas duas espécies normativas na pirâmide Kelseniana.

Assim, parece equivocada a interpretação acerca da inconstitucionalidade de normatização produzida em sede de poder normativo delegado que estipula a pena de cassação de registro profissional. Porém, de outro lado, há aparente incompatibilidade inconstitucional de qualquer diploma normativo que, quando ao tratar do tema, esquece-se de prever hipóteses de reabilitação profissional, gerando, por consequência, sanção de caráter perpétuo.

A Resolução nº 2.145/2016 do CFM, conhecida como Código de Processo Ético-Profissional (CPEP), sofre desse mal.

Para melhor contextualização, vejamos a redação do art. 124 da mencionada Resolução:

Art. 124. Decorridos 8 (oito) anos após o cumprimento da pena e sem que tenha sofrido qualquer outra penalidade ético-profissional, poderá o médico requerer sua reabilitação ao CRM onde está inscrito, com a retirada dos apontamentos referentes a condenações anteriores.

Parágrafo único. Exclui-se da concessão do benefício do caput deste artigo o médico punido com a pena de cassação do exercício profissional, prevista na letra “e”, do art. 22 da Lei nº 3.268/1957.<sup>20</sup>

18. MEDEIROS, M. A. S. **Penalidades aplicadas pelos Conselhos de medicina**. Brasília: CRMDF-DF, [s.d]. Disponível em: <<https://bit.ly/3jh9GCN>>. Acesso em: 25 de ago. 2020.

19. CARVALHO, op. cit., p. 190.

20. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.145/2016, de 26 de outubro de 2016**. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). Brasília: CFM, 2016.

Como se vê, o CFM possui regramento próprio, possibilitando a reabilitação profissional, entretanto, exclui da concessão do benefício a pena de cassação do exercício profissional. Muito possivelmente, quis o Conselho excluir do exercício profissional o (a) médico (a) que deu razão à aplicação da mais grave pena ético-profissional constante na Lei nº 3.268/1957.<sup>21</sup>

Ora, não se duvida que, diante da natureza da atividade profissional médica, os atos puníveis com a pena de cassação possuem, por vezes, elevado grau de repulsa social, abalando a imagem de toda a coletividade em que está inserido esse profissional.

De toda sorte, salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave (cassação do registro profissional), a imposição das penas obedecerá à gradação prevista na Lei (art. 22, §1º).<sup>22</sup>

Da mesma forma, também não se duvida da boa intenção do CFM ao excluir do exercício profissional médicos com condutas éticas relevantemente reprováveis, no entanto, em nenhum momento, pode-se esquecer que tal prerrogativa normativa deve respeito aos limites da delegação legislativa ou administrativa.

De modo algum, foi dado aos conselhos profissionais a liberdade de extrapolar os limites da delegação da atividade pública. Normas produzidas por autarquias possuem caráter secundário e, portanto, ainda que com as melhores intenções, não podem ultrapassar as balizas da legalidade.<sup>23</sup>

A Constituição não permitiu, por conseguinte a lei não autorizou a normatização irrestrita de qualquer atividade pelos conselhos profissionais. Assim, qualquer extrapolação dos limites da atuação normativa fere a principiologia do sistema piramidal encabeçado pela CF.

Portanto, sob essa perspectiva, é constitucional a pena de cassação do registro profissional, mas inconstitucional e ilegal a previsão da impossibilidade de reabilitação profissional dos apenados nesses termos.

21. BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1957.

22. Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º Salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo.

23. CARVALHO, op. cit., p. 178.

#### 4. PREVISÃO EXPRESSA EM OUTROS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Nossa pesquisa, em outros conselhos profissionais, se restringe às atividades ligadas à saúde em razão da similitude da natureza e repercussões da atividade.

Assim, ao analisarmos os respectivos Códigos de Ética (CEM) e de Processo Ético-Profissional (CPEP), vislumbramos, por regra, que os conselhos profissionais permitem a pena de cassação de registro profissional, porém estabelecem formas de reabilitação profissional.

Em termos práticos, a reabilitação profissional consiste na possibilidade do infrator recuperar o direito ao exercício da atividade desde que cumpridos certos requisitos.

A título de exemplo, permitem a pena de cassação, contudo com a possibilidade de reabilitação, os seguintes conselhos profissionais: i) Conselho Federal de Odontologia (art. 49, IV, Resolução nº 59/2004); e ii) Conselho Federal de Enfermagem (art. 152, Resolução nº 370/2010).

O Conselho Federal de Odontologia (CFO) normatiza o respectivo Código de Processo Ético por meio da Resolução nº 59/2004.<sup>24</sup> Segundo o art. 34 do mencionado diploma, as penas aplicáveis aos profissionais odontólogos são as previstas no Código de Ética Odontológica (Resolução nº 118/2012).<sup>25</sup> Por sua vez, o Código de Ética Odontológica prevê cinco espécies de penalidades aos infratores de seus preceitos:

Art. 51. Os preceitos deste Código são de observância obrigatória e sua violação sujeitará o infrator e quem, de qualquer modo, com ele concorrer para a infração, ainda que de forma indireta ou omissa, às seguintes penas previstas no artigo 18 da Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964:

- I - advertência confidencial, em aviso reservado;
- II - censura confidencial, em aviso reservado;
- III - censura pública, em publicação oficial;
- IV - suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e,
- V - cassação do exercício.<sup>26</sup>

Como se percebe, as penas possíveis aos profissionais odontólogos são idênticas à previsão contida na Lei nº 3.628/1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e prevê as penas aplicáveis aos profissionais médicos.

A diferença, contudo, reside na previsão, no respectivo Código de Processo Ético, da possibilidade de reabilitação profissional, independentemente da pena aplicada no caso concreto.

24. CFO – CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Resolução CFO nº 59/2004, de 7 de outubro de 2004. Código de Processo Ético Odontológico. Brasília: CFO, 2016.

25. CFO – CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Resolução CFO-118/2012, de 11 de maio de 2012. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-42/2003 e aprova outro em substituição. Brasília: CFO, 2012.

26. CFO, 2012, art. 51.

Assim, estabelece o art. 48, da Resolução nº 59/2004 (CFO, 2004):<sup>27</sup> “A reabilitação, atendidas as condições estabelecidas neste Código, assegura o cancelamento de falta ética cometida por profissional e concede ao mesmo, o exercício de todos os direitos atingidos pela condenação”.

Denota-se da redação do artigo apresentado, que, diferentemente do CPEP elaborado pelo CFM, não há qualquer restrição à aplicação do benefício da reabilitação profissional ao odontólogo apenado com a cassação do registro profissional, desde que atendidas as condições regulamentares.

Dentre as condições regulamentares, inicialmente, cabe verificar qual a penalidade aplicada ao caso concreto. Isso porque, de acordo com o tipo de sanção aplicada, haverá tempo mínimo para que seja requerida a reabilitação.

Nesses termos, o art. 49 da Resolução nº 59/2004, estabelece que:

Art. 49. A reabilitação será requerida ao Conselho onde foi proferida a decisão condenatória, após o decurso, pelo menos, de:

I – 1 (um) ano, para a pena de “advertência confidencial, em aviso reservado”;

II - 2 (dois) anos, para pena de “censura confidencial, em aviso reservado”;

III - 3 (três) anos, para as penas de “censura pública, em publicação oficial” e de “suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias”; e

IV - 5 (cinco) anos, para a pena de “cassação do exercício profissional”.

Parágrafo único. Os prazos deste artigo contam-se do trânsito em julgado da decisão administrativa que puniu o profissional ou da data em que terminar a execução da pena, no caso da penalidade prevista no inciso IV do artigo 18 da Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964.<sup>28</sup>

Ademais, requer-se, ainda, a demonstração de que o profissional não respondeu ou responde por outra suposta infração ética; bem como de que teve o requerente, durante o lapso temporal mínimo para o requerimento de reabilitação, bom comportamento, público e privado; e que prove haver ressarcido o dano causado ou a impossibilidade de fazê-lo.

A título de contextualização, destacamos o art. 50 da Resolução nº 59/2004:

Art. 50. O requerimento, onde deverão constar, indicadas as jurisdições dos Conselhos Regionais a que o requerente tenha se vinculado desde a condenação, será instruído com:

I - certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a ação ética, em quaisquer das jurisdições dos Conselhos Regionais em que houver sido inscrito desde a condenação motivo do pedido de reabilitação;

II - comprovação de que teve o requerente, durante o tempo previsto no artigo anterior, efetivo e bom comportamento público e privado; e

27. CFO, 2004, art. 48.

28. CFO, op cit., art. 49.

III - prova de haver ressarcido o dano causado pela infração ética ou da impossibilidade de fazê-lo.<sup>29</sup>

Há, ainda, previsão expressa de situações que impedem a concessão da reabilitação, motivo pelo qual destacamos o art. 52, do mesmo diploma: “Não poderá ser concedida a reabilitação: I - a profissional com processo ético em andamento; e II - a profissional que tenha sido condenado por praticar ou ensinar atividade indigna”.

Seguindo a linha do defendido acerca da vedação ética promovida pelo CFM quanto à reabilitação do profissional apenado com cassação do registro profissional, parece de duvidosa constitucionalidade a previsão contida no inciso II, do art. 52, acima transcrito.

Vale, ainda, destacar que, ao prever a impossibilidade de reabilitação profissional por práticas indignas, incorre o respectivo Conselho em cláusula de elevada abstração, algo semelhante ao que se convencionou chamar de conceito jurídico indeterminado. Tal previsão, em tese, seria capaz de abarcar praticamente qualquer situação que, ao juízo momentâneo do julgador, seja indigna. Como se sabe, normas punitivas devem ser interpretadas restritivamente, como a lição clássica do Direito Penal fundamentada no princípio da legalidade.<sup>30</sup>

Pois bem, voltando à análise acerca do processo de reabilitação, uma vez concedida, a condenação não mais será mencionada em certidões ou outros documentos expedidos pelo Conselho, permanecendo, no entanto, as anotações constantes do prontuário do profissional.

Por fim, indeferida a reabilitação, o profissional interessado não poderá renovar o pedido senão após o decurso de 2 anos, salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documento. Sendo que, no caso de renovação do pedido de reabilitação, deverá o mesmo ser instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

De outro lado, o Conselho Federal de Enfermagem (Cofen) também possui previsão na Resolução nº 370/2010, acerca da possibilidade de reabilitação profissional.

Segundo o art. 152 da mencionada Resolução:

Art. 152. Após 2 (dois) anos do cumprimento da pena aplicada pelo Conselho de Enfermagem, sem que tenha sofrido qualquer outra penalidade ético-disciplinar, ou esteja respondendo a processo administrativo ou criminal, e mediante provas efetivas de bom comportamento, é permitido ao profissional requerer a reabilitação profissional. §1º. O requerimento de que trata o caput deste artigo deverá ser instruído com as provas e certidões pertinentes.

29. CFO, *op cit.*, art. 50.

30. AZEVEDO, M. A.; SALIM A. *Direito Penal*. 9. ed. Salvador: JUSPODIVM. 2019. p. 103.

§2º. Havendo necessidade, o Conselho poderá determinar a realização de perícia para avaliar a efetiva recuperação do profissional.

§3º. Quando a infração ético-disciplinar constituir crime, a reabilitação profissional dependerá da correspondente reabilitação criminal.<sup>31</sup>

Merece aplausos a regulamentação normativa promovida pelo Cofen. O Conselho, ao prever a hipótese de reabilitação profissional sem qualquer limitação ao tipo da pena aplicada, segue a diretriz constitucional e legal vigente.

Observe que, segundo o § 3º do dispositivo destacado, ainda que a infração disciplinar constitua crime, será possível a reabilitação a depender da correspondente reabilitação criminal. Ora, se na esfera criminal, sujeita à tutela do bem mais valioso ao direito, no caso a liberdade, é possível a reabilitação, por isso, não faz sentido a limitação no âmbito administrativo. Melhor dizendo, não há amparo legal para a cassação *ad eternum* (eterno) da habilitação profissional, independentemente da análise do caso concreto.

Por óbvio, que determinadas condutas ensejam tamanha repulsa social que tornam incompatível o exercício de certas atividades profissionais, principalmente quando ligadas ao bem mais valioso do ser humano – a vida. Entretanto, torna-se perigosa a interpretação de que todo profissional apenado com a cassação do seu registro possui presunção absoluta de imoralidade para o exercício de sua atividade.

Deve ser dada ao profissional a oportunidade de ser reavaliado por seus pares. Adianta-se, o processo de reabilitação profissional não deve ser visto como uma garantia irrestrita de retorno às atividades profissionais.

Pelo contrário, é dada ao profissional somente a oportunidade de serem reavaliadas as condições que levaram à condenação. Portanto, trata-se de análise subjetiva e não objetiva. Não havendo fórmula pronta, cada caso merece ser analisado separadamente.

Ainda na Resolução nº 370/2010 do Cofen, há outras valiosas lições, dentre as quais destacamos o art. 153:

Art. 153. A reabilitação, caso a cassação tenha ocorrido por fato imputado como crime, seguirá os mesmos trâmites da reabilitação penal, com a reparação na área cível ou demonstração de absoluta impossibilidade de fazê-lo, ou, ainda, declaração de renúncia da vítima, com demonstração por parte do denunciado de constante bom comportamento público e privado.<sup>32</sup>

31. COFEN – CONSELHO FERERAL DE ENFERMAGEM. Resolução Cofen nº 370/2010, de 3 de novembro de 2010. Altera o Código de Processo Ético das Autarquias Profissionais de Enfermagem para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre o processo ético-profissional que envolvem os profissionais de enfermagem e Aprova o Código de Processo Ético. Brasília: Cofen, 2010.

32. COFEN, 2010, art. 153.



Portanto, a reabilitação administrativa deverá seguir os parâmetros da reabilitação penal, cabendo ao profissional apenado restituir o patrimônio violado ou demonstrar a impossibilidade de fazê-lo ou comprovar a renúncia da vítima, além de, por óbvio, apresentar o bom comportamento condizente com os padrões éticos.

Em seguida, estabelece o art. 154 que os efeitos da reabilitação consistem em retirar do prontuário do profissional qualquer apontamento referente à condenação e, no caso de cassação, a outorga de nova inscrição.

## **5. ABOLITIO CRIMINIS (ABOLIÇÃO DO CRIME) NO DIREITO PENAL. NORMA DE DIREITO MATERIAL**

Conceitualmente e em termos simples, entende-se por *abolitio criminis* a transformação de um fato típico em atípico, em razão de alteração positiva da legislação vigente ao tempo do fato. Há, portanto, a desconfiguração de certa conduta como criminosa, em razão de nova lei que a torna o fato um indiferente penal.<sup>33</sup>

Como se sabe, a expressão latina *abolitio criminis* remonta ao Direito Penal, possuindo, inclusive, fundamento constitucional no princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CF/88, art. 5º, XL).

Reconhecidamente, a ocorrência da *abolitio criminis* tem por consequência a própria extinção da punibilidade e dos possíveis efeitos penais do crime ou contravenção penal.<sup>34</sup> Da mesma forma que, em que pese não extinta a punibilidade, mas atenuadas as consequências do tipo penal, há a garantia ao réu apenado da aplicação da norma mais benéfica, quando a norma posterior altera o tratamento legal até então vigente. Portanto, o estudo da norma penal mais benéfica encontra-se intimamente relacionado ao da sucessão de normas no tempo, distanciando-se da mera análise baseada no *tempus regit actum* (o tempo rege o ato).<sup>35</sup>

Isso porque, conforme o fundamento constitucional já mencionado, é pressuposto basilar do Direito Penal a irretroatividade (irrestrita) da norma prejudicial ao réu (*novatio legis in pejus* – nova lei prejudicial). Porém, de outro lado, de forma oposta e complementar, quando há sucessão por norma mais benéfica, a rega é pela retroatividade de norma penal (*novatio legis in melius* – nova lei para melhorar).<sup>36</sup>

33. CAPEZ, F. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: SARAIVA, 2012. p. 31.

34. CAPEZ, op. cit., p. 284.

35. AZEVEDO, M. A.; SALIM A. **Direito Penal**. 9. ed. Salvador: JUSPODIVM. 2019. 2019. p. 112 e 113.

36. AZEVEDO; SALIM, op. cit., p. 519.

No âmbito criminal o instituto encontra-se positivado no art. 2º do Código Penal brasileiro, com reflexos no inciso III do artigo 107 do mesmo diploma. Vejamos:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

(...)

III - pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso.<sup>37</sup>

Ademais, observa-se que a *abolitio criminis* se configura como norma de natureza eminentemente material, pois está relacionada diretamente à aplicabilidade do *jus puniendi* (direito de punir) estatal.

Segundo Cezar Bitencourt:<sup>38</sup>

a lei nova retira a características de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada. Nessa hipótese, partindo da presunção de que a lei nova é a mais adequada, e de que o Estado não tem mais interesse na punição dos autores de tais condutas, aquela retroage para afastar as consequências jurídico-penais que estariam sujeitos os autores.

Portanto, conforme preleciona o renomado jurista Cezar Bitencourt, quando há inovação legal, presume-se que esta é mais adequada ou pelo menos mais legítima frente à representatividade dos representantes do povo para elaboração das leis.

Logo, para que as instituições públicas possuam legitimidade para efetivar o direito de punir, é necessário que estejam em consonância com os princípios que regem o ordenamento jurídico atual.

Nesse sentido, Mirabete<sup>39</sup> afirma que “na hipótese de existência da revogação da lei penal, a conduta do infrator penal, que tenha sido indiciada, terá a determinação como não-delituosa pelo ordenamento jurídico que irá vigorar”.

Portanto, pelos fundamentos constitucional e infraconstitucional, propulsores do instituto da *abolitio criminis*, não se mostra legítima a punição por fato que norma posterior determina como não-delituoso na concepção de direito vigente.

37. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

38. BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145.

39. MIRABETE, J. F. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

## 6. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA *ABOLITIO CRIMINIS* AO PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL

Inicialmente, cabe diferenciar os limites e a retroatividade da lei (CF/88, art. 5º, XXXVI) com a clássica lição, também com fundamento constitucional, em que a normal penal “não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF/88, do art. 5º, XL).

Quanto aos limites à retroatividade, o constituinte originário, conferindo estabilidade às relações jurídicas, dispôs que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF/88, do art. 5º, XXXVI), cabendo ao art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) a definição desses conceitos.

Bem quis o legislador assegurar proteção jurídico-social, ou melhor dizendo, segurança jurídica, princípio com igual escopo constitucional.

De outro lado, o constituinte, também privilegiando a manutenção da segurança jurídica, optou por estabelecer a irretroatividade, por regra, da norma penal (CF/88, do art. 5º, XL). Diz-se por regra, porque deixou-se clara a exceção: a lei penal retroagirá quando mais benéfica.

Nada mais lógico, uma vez que não haveria sentido algum apenar pessoas distintas por fatos idênticos em razão, tão somente, do tempo da ocorrência do ato ou fato.

Aqui, desde logo vale uma reflexão. A norma, seja ela penal, civil ou administrativa, não é estática, isso porque a sociedade e, conseqüentemente, as relações sociais não o são.

A reprovabilidade de uma conduta hoje, pode não ter a mesma valoração negativa amanhã. Ocorre que a legislação, por mais atual que se dedique a ser, jamais conseguirá acompanhar a velocidade das mudanças comportamentais do contexto social, político e jurídico em que está inserida.

Há, inclusive, no âmbito constitucional, a técnica da mutação, em que se busca compatibilizar a interpretação do texto magno a uma mudança da realidade fática ou uma nova percepção do direito, ante a incapacidade das normas positivadas de acompanharem a dinamismo da evolução social.<sup>40</sup>

Portanto, não faz sentido que o poder punitivo do Estado possa ser exercido de forma díspar apenas em razão do tempo quando há alteração do parâmetro normativo.

Sobre o tema, vale destacar as palavras do Ministro Luiz Fux em voto proferido no julgamento do RE nº 600.817, no qual afirma que o:

40. BARROSO, L. A. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-127.

(...) princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa.

Pois bem, sendo certa a competência punitiva do Estado exercida pelo Poder Judiciário, não se duvida que também há, de outro lado, no âmbito administrativo, a presença do poder sancionador. Assim, deve-se aplicar à Administração Pública (no exercício da função administrativa) as mesmas prerrogativas e sujeições constitucionais limitativas de sua capacidade sancionatória no exercício do poder jurisdicional.

Sobre o tema, o STJ possui valiosa manifestação, da qual destacamos a ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal nº 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal nº 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III - **Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal nº 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.** Precedente. IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, **observando a legislação mais benéfica ao Recorrente**, mantendo-se indenidos os demais atos processuais. V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas nº 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido. (STJ - RMS: 37031 SP 2012/0016741-5, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 08/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2018). **(grifo nosso)**.

Como se percebe, a interpretação adotada pelo STJ vai ao encontro da percepção aqui apresentada, acerca da amplitude da retroatividade da norma mais benéfica no âmbito administrativo.

Assim, a lei que oferece uma condição mais benéfica ao réu é a mesma que pode descriminalizar a conduta no direito penal ou deixar de configurar ilícito administrativo no exercício do poder disciplinar, conforme o caso.

Nesse contexto, cabe à Administração Pública rever a dosimetria da pena ou até mesmo extinguir os efeitos da condenação disciplinar quando houver alteração do parâmetro normativo regulamentar, sendo essa alteração, claro, mais benéfica ao profissional requerido.

Uma última observação se faz necessária. A exemplo do direito criminal, em que a previsão para a *abolitio criminis* é encontrada no Código Penal, norma infralegal que altera a reprovabilidade de certa conduta, como já dito, é norma de direito material.

Por essa razão, a melhor principiologia, aponta a necessidade de alteração do Código de Ética Médica (Resolução nº 2.217/2018) e não do Código de Processo Ético-Profissional (Resolução nº 2.145/2016).

## 7. HIPÓTESE ATUAL DE POSSÍVEL INCIDÊNCIA DA *ABOLITIO CRIMINIS* NO PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL – CFM E CRM

Certamente, qualquer norma punitiva posterior mais branda ou que, até mesmo, retire a ilicitude ética de determinado ato ou procedimento deverá levar à extinção dos efeitos da condenação no processo ético-profissional.

Nesse contexto, com o intuito de exemplificar tal possibilidade, destaca-se uma hipótese extremamente recente, que gerou abolição de ilicitude ética. Trata-se da antiga proibição do fornecimento de cartões de desconto aos profissionais médicos.

Tal proibição constava expressamente no art. 72 do Código de Ética Médica. A título de informação, destacamos a antiga redação (revogada): “art.72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos”.

Como se vê, havia previsão expressa impedindo que o profissional médico mantivesse qualquer tipo de vínculo com empresa que fornecesse cartões de desconto.

Ademais, ainda havia a Resolução nº 1.649/2002,<sup>41</sup> a qual se dedicava, exclusivamente, a proibir o uso de cartões de desconto na medicina, e a Resolução nº 2.170/2017,<sup>42</sup> que, em seu art. 4º, proibia que clínicas populares fornecessem os mesmos cartões.

Ocorre que, motivado pela instauração do Processo Administrativo nº 08700.005969/2018-29 no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

41. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução no 1.649/2002, de 22 de dezembro de 2002. Dispõe sobre descontos em honorários médicos através de cartões de descontos. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 80, 22 dez. 2002.

42. CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução no 2.170, de 30 de outubro de 2017. Define as clínicas médicas de atendimento ambulatorial, incluindo as denominadas clínicas populares, como empresas médicas e determina critérios para seu funcionamento e registro perante os Conselhos Regionais de Medicina. *Diário Oficial da União*, seção 1, p. 60, 30 de outubro de 2017.

(CADE) – com a finalidade de apreciar se há infração à ordem econômica na proibição de utilização de cartões de desconto –, o CFM editou a Resolução nº 2.226/2019, alterando a redação do art. 72 do CEM e revogando a Resolução nº 1.649/2002 e o art. 4º da Resolução nº 2.170/2017.

Atualmente, o mencionado art. 72 possui a seguinte redação: “art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento ou consórcios para procedimentos médicos”.

Portanto, não subsiste a proibição para a vinculação de qualquer profissional médico com empresas que forneçam cartões de desconto.

Assim, médico apenado, ao tempo da vigência da norma proibitiva da utilização de cartões de desconto, deve se beneficiar da *abolitio criminis* em sede administrativa.

Afinal, qual lógica seria capaz de sustentar a punição de certo profissional que se utilizou de tal procedimento para atrair clientes, a partir do momento que outro colega de profissão, levando-se em consideração as normas atualmente vigentes, pode eticamente realizar a mesma conduta? Certamente, nenhuma.

## 8. CONCLUSÃO

O presente artigo se dedicou ao estudo crítico do processo ético-profissional no âmbito dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina, especificamente quanto à constitucionalidade e à legalidade da pena de cassação do registro profissional, bem como acerca da possibilidade da utilização do instituto da *abolitio criminis* no âmbito administrativo.

Conclui-se, por meio da análise da CF, da legislação infraconstitucional e das Resoluções Normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM), pela inconstitucionalidade da pena de cassação do registro profissional quando não associada à alguma forma de reabilitação profissional, demonstrando clara ofensa ao direito individual de livre exercício de qualquer ofício, atividade ou profissão, respeitada a regulamentação estatal, quando for o caso.

Da mesma forma, é absolutamente compatível a utilização do instituto da *abolitio criminis* ao processo ético. Tal entendimento se alcança através da interpretação sistemática do poder punitivo/sancionatório do Estado, frente ao direito fundamental de tratamento isonômico dentre os mais diversos sujeitos de direitos nas relações profissionais que, como já dito, não podem ter tratamento diferenciado em razão de simples distanciamento temporal na data da ocorrência dos fatos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, M. A.; SALIM A. **Direito Penal**. 9. ed. Salvador: JUSPODIVM. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1957.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição. Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 04 dez. 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/36neB0x>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.949, de 27 de maio de 1998**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília: Congresso Nacional, 2020.

BARROSO, L. A. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, F. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

COFEN – CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução Cofen nº 370/2010, de 3 de novembro de 2010. Altera o Código de Processo Ético das Autarquias Profissionais de Enfermagem para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre o processo ético-profissional que envolvem os profissionais de enfermagem e Aprova o Código de Processo Ético. **Diário Oficial da União**, 4 dez. 2010.

CEM – CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2019.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.649/2002, de 22 de dezembro de 2002. Dispõe sobre descontos em honorários médicos através de cartões de descontos. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 80, 22 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 2.145/2016, de 26 de outubro de 2016. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 329, 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 2.170, de 30 de outubro de 2017. Define as clínicas médicas de atendimento ambulatorial, incluindo as denominadas clínicas populares, como empresas médicas e determina critérios para seu funcionamento e registro perante os Conselhos Regionais de Medicina. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 60, 30 de outubro de 2017.

CFO – CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Resolução CFO nº 59/2004, de 7 de outubro de 2004. Código de Processo Ético Odontológico. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 430-431, 7 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFO nº 118/2012, de 11 de maio de 2012**. Revoga o Código de Ética Odontológica aprovado pela Resolução CFO-42/2003 e aprova outro em substituição. Rio de Janeiro: CFO, 2012.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS, M. A. S. **Penalidades aplicadas pelos Conselhos de medicina**. Brasília: CRM-DF, [s.d]. Disponível em: <<https://bit.ly/3ju1I9P>>. Acesso em: 25 de ago. 2020.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.



## ASPECTOS JURÍDICOS DO USO DO CANABIDIOL (CBD) PARA FINS TERAPÊUTICOS NO BRASIL

### LEGAL ASPECTS OF THE USE OF CANNABIDIOL FOR THERAPEUTIC PURPOSES IN BRAZIL

Priscilla Mara Fillus<sup>1</sup>

Victória de Melo Florentino dos Santos<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Das indicações para o uso de CBD. 3. Dos procedimentos exigidos pela Anvisa para importação de produtos derivados de *Cannabis*. 4. Das decisões por parte dos tribunais. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A partir da análise de ações judiciais, decisões de tribunais, dados estatísticos e resoluções acerca do assunto, o presente artigo científico visa a abordar a temática do uso do canabidiol para fins terapêuticos no Brasil. Dar-se-á enfoque ao aumento das demandas que pleiteiam a sua concessão; às hipóteses em que o uso do canabidiol é indicado aos pacientes; ao histórico de pesquisas, autorizações e resoluções que possibilitaram a importação e a comercialização de produtos à base de *Cannabis sativa* no Brasil; aos procedimentos exigidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) na importação de produtos derivados de *Cannabis*; e às decisões por parte dos Tribunais Estaduais e Superiores. Por fim, concluiu-se que existe uma tendência de que as autorizações para a comercialização de produtos à base de canabidiol aumentem, haja vista a crescente demanda e a facilitação na concessão dos produtos.

**Palavras-chave:** Canabidiol. Anvisa. Judicialização. Direito à saúde. Fins terapêuticos.

**Abstract:** Based on the analysis of judicial actions, Court decisions, statistical data and Resolutions about the subject, the present scientific article aims to approach the theme of the use of cannabidiol for therapeutic purposes in Brazil, focusing on the increasing demands by requiring for its granting, the hypotheses in which the use of cannabidiol is indicated to patients, research history, authorizations and resolutions that made possible the importation and commercialization of products based on *Cannabis sativa* in Brazil,

1. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); pesquisadora e integrante do Grupo de Pesquisas em Direito da Saúde e Empresas Médicas do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), sob liderança do Desembargador Miguel Kfourri Neto; integrante do Grupo de Competição de Direito Processual Civil da PUC-PR; pesquisadora de Iniciação Científica em Direito da Saúde com vigência em 2019 e 2020; e pesquisadora de Iniciação Científica em Direito Civil e Direito do Consumidor com vigência em 2018 e 2019.

2. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST); pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR); graduada em Direito pela UNICURITIBA; e graduada em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional Uninter.

the procedures required by Anvisa on the import of products derived from *Cannabis* and decisions by State and Higher Courts. Finally, it is concluded that there's a tendency for authorizations for the commercialization of cannabidiol-based products to increase, in view of the growing demand and the facilitation for the granting of products.

**Keywords:** Cannabidiol. Anvisa. Judicialization. Right to health. Therapeutic purposes.

## 1. INTRODUÇÃO

O canabidiol (CBD) é uma substância extraída da planta *Cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha. Em razão de sua atuação no sistema nervoso central, produtos à base de CBD vêm sendo cada vez mais utilizados no tratamento de diversas doenças, principalmente neurodegenerativas e psiquiátricas.

Em virtude do crescimento da discussão acerca do uso medicinal do CBD e devido aos diversos pedidos individuais para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) permitisse o acesso aos produtos à base da substância, a Agência reguladora estabeleceu um rito específico para a sua importação. Os produtos devem ser destinados a tratamentos de saúde e empregados, exclusivamente, para uso próprio mediante prescrição médica que ateste a necessidade e a refratariedade a outros tratamentos convencionais.

O presente artigo visa a realizar uma breve análise sobre os aspectos jurídicos do uso do CBD para fins terapêuticos no Brasil. Inicialmente, serão demonstrados as hipóteses indicadas para o uso do CBD e o histórico da legislação, que possibilitou sua importação por parte das pessoas físicas ou seus representantes legais e, mais recentemente, sua comercialização no País. Na sequência, serão apresentados os requisitos e as etapas necessárias para que a Anvisa autorize a importação dos produtos derivados da *Cannabis*.

Ainda, considerando que a Anvisa não fornece o produto, pois somente é responsável por emitir a autorização de sua importação, pacientes que não possuem condições financeiras para arcar com os custos do tratamento têm buscado o Poder Judiciário para que o poder público seja compelido a fornecer o produto e ter seu direito fundamental à saúde garantido. Nesse sentido, será analisado como os tribunais vêm decidindo acerca dessa obrigatoriedade de fornecimento, uma vez que o único produto à base de CBD utilizado atualmente no Brasil não possui registro na Anvisa, mas somente autorização para sua importação.

Também será apreciada a obrigatoriedade das operadoras de plano de saúde em fornecer o produto, tendo em vista que, além de não possuírem registro na Anvisa, não estão previstos no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O tema abordado, neste artigo, mostra-se relevante por se tratar de uma discussão atual, mas que atinge uma quantidade significativa de pessoas que já realizaram tratamentos convencionais, que não foram eficazes para o controle de sua patologia, motivo pelo qual necessitam fazer uso de produtos à base de CBD.

## 2. DAS INDICAÇÕES PARA O USO DE CBD

Há milhares de anos, a planta *Cannabis sativa* vem sendo utilizada para fins medicinais por diversos povos e em diferentes culturas.<sup>3</sup> Desde antes da Era Cristã, a utilização da planta já era indicada, na China, para tratar muitas comorbidades, tais como dores, expectorção, tuberculose, constipação intestinal, malária e epilepsia.<sup>4</sup>

Popularmente conhecida como maconha, é da *Cannabis sativa* que se extrai a substância CBD, a qual tem ação no sistema nervoso central e vem sendo utilizada como recurso terapêutico em casos de doenças neurodegenerativas ou psiquiátricas, como esclerose múltipla, doença de Parkinson, epilepsia, esquizofrenia e ansiedade.<sup>5</sup>

No Brasil, há somente um produto com CBD, denominado *Mevatyl*, que possui autorização para comercialização, o qual também possui a substância tetra-hidrocanabinol (THC), cuja indicação é para o tratamento de espasmos musculares referentes à esclerose múltipla. Em que pese haja apenas um medicamento comercializado com a substância THC, existe uma certa tendência de que outros medicamentos à base de *Cannabis sativa* sejam aprovados para a comercialização no Brasil, com a ressalva de que o seu uso deve ser supervisionado por um profissional da área médica.<sup>6</sup>

Quanto às indicações para o uso de canabidiol, verifica-se que não há evidências científicas suficientes a ponto de comprovar que os canabinoides sejam 100% seguros e eficazes para o tratamento de casos que envolvem a epilepsia, “doença cerebral crônica caracterizada pela recorrência de crises epilêpticas não provocadas”, conforme definição do Ministério da Saúde,<sup>7</sup> de modo que só existe a indicação para casos específicos, nos quais outros fármacos indicados para o tratamento dessa doença não foram plenamente eficazes.<sup>8</sup>

Assim, a indicação e a forma de ministração dos produtos à base de *Cannabis sativa* são de responsabilidade do médico que assiste o paciente, o qual deve ser informado acerca do uso de tais produtos. As informações que serão fornecidas devem abranger os riscos à

3. ZUARDI, A.W. History of cannabis as a medicine: a review. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 28, n. 2, p. 153-157, 2006.

4. ADAMS, R.; HUNT, M.; CLARK, J.H. Structure of cannabidiol, a product isolated from the marihuana extract of Minnesota wild hemp. *Journal of the American Chemical Society*, v. 62, p. 196-200, 1940.

5. ABREU, M. Canabidiol: o que é, para que serve e efeitos colaterais. *Tua Saúde*, jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Tqf8Jb>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

6. Id, ibid.

7. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria SAS/MS nº 1319, de 25 de novembro de 2013**. Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Epilepsia. Brasília: MS, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3kj9MKM>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

8. ABREU, 2020.

saúde envolvidos, bem como a condição regulatória do produto em relação à comprovação da eficácia e da segurança, visto que os possíveis efeitos adversos, a sedação e o comprometimento cognitivo podem impactar na atividade laboral, no ato de conduzir veículos e operar máquinas, assim como em outras atividades que possam envolver riscos a terceiros e até mesmo para si.

Salienta-se que o paciente ou seu representante legal (em casos de impossibilidade da pessoa que utilizará o produto à base de canabidiol) devem assinar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) acerca do uso do produto de *Cannabis sativa*.<sup>9</sup>

Desse modo, com a autorização do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual possibilitou que neurocirurgiões e psiquiatras pudessem prescrever produtos à base de CBD para crianças e adolescentes cujas moléstias não apresentaram melhoras significativas e eficazes com tratamentos convencionais, tornou-se admissível o emprego do CBD exclusivamente para fins terapêuticos.

A Resolução do CFM nº 2.113/14<sup>10</sup> estabelece dosagens recomendadas e a forma que os resultados alcançados, a partir da prescrição, devem ser monitorados, salientando que o grau de pureza da referida substância e sua forma de apresentação devem seguir as determinações estipuladas pela Anvisa.<sup>11</sup>

### 3. DOS PROCEDIMENTOS EXIGIDOS PELA ANVISA PARA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS DERIVADOS DE *CANNABIS*

Inicialmente, faz-se necessário abordar o histórico que resultou na possibilidade de importação e comercialização de produtos à base de *Cannabis sativa* no Brasil.

Conforme a Associação Brasileira de Estudos da *Cannabis sativa* (SBEC), pesquisas e estudos sobre o uso medicinal da maconha são realizados desde a década de 1960, de modo que atualmente os produtos à base de CBD têm a possibilidade de serem importados, desde que com prescrição médica e autorização da Anvisa.<sup>12</sup>

A Anvisa discute o registro de produtos à base de *Cannabis sativa* desde 2014, quando houve ações individuais reivindicando a permissão para que se liberasse o acesso a produtos à base de canabidiol. Em vista disso, em 2015, a Agência retirou o CBD da lista de substâncias de uso proibido, de modo que facilitou a sua comercialização no Brasil.<sup>13</sup>

9. ASCOM/ANVISA. Anvisa autoriza primeiro produto à base de *Cannabis*. Gov.br, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2TE7ZoV>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

10. CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.113, de 16 de dezembro de 2014. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsia da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Disponível em: <<https://bit.ly/36rr0AN>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

11. CONTE, J. CFM libera uso de canabidiol para uso terapêutico. Portal Drauzio Varella, [s.d]. Disponível em: <<https://bit.ly/3713phu>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

12. CAMPOREZ, P. Anvisa libera venda de remédio à base de maconha em farmácias no Brasil, mas veta cultivo. Estadão – Portal do Estado de S. Paulo, 4 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3jA9qz3>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

13. Id., Ibid.

Em 2016, houve a autorização da prescrição de produtos à base de CBD e THC no Brasil. Adiante, em 2017, ocorreu a aprovação do primeiro registro de produto à base de *Cannabis* medicinal no Brasil, denominado *Mevatyl*. Ainda, foi publicada a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC), da Anvisa, nº 156/2017,<sup>14</sup> a qual incluiu a *Cannabis sativa* na lista das Denominações Comuns Brasileiras (DCBs).<sup>15</sup>

Em abril de 2018, a diretoria da Anvisa aprovou propostas de consultas públicas referentes à regulamentação da *Cannabis* para fins medicinais, englobando requisitos técnicos para o cultivo da planta para destinações terapêuticas e científicas, bem como acerca do registro e monitoramento dos produtos. Posteriormente, no mês de agosto do mesmo ano, a consulta pública recebeu um total de 1.154 contribuições de empresas e pessoas acerca do tema, de modo que, logo após, em dezembro, a diretoria da Anvisa aprovou a comercialização e a produção do produto à base de CBD no Brasil, porém vetou o seu plantio.<sup>16</sup>

Inclusive, em 9 dezembro de 2019, foi aprovada a RDC nº 327 pela Anvisa,<sup>17</sup> a qual entrou em vigor em 10 de março de 2020 e trouxe regras claras acerca da regulamentação dos “produtos à base de *Cannabis*”, categoria inédita criada pela Anvisa. Assim, houve a facilitação do registro desses produtos, os quais, após receberem a autorização sanitária necessária, poderão ser vendidos aos pacientes em farmácias e drogarias do Brasil, exceto nas farmácias de manipulação.<sup>18</sup>

Tal RDC também alterou a prescrição da substância pelos profissionais da saúde, demandando, dessa forma, um controle mais rigoroso acerca da quantidade de THC presente nas opções de tratamentos terapêuticos com CBD. Visto que, de acordo com a autorização publicada e divulgada pelo Diário Oficial da União em 22 de abril de 2020, o produto é um fitofármaco, se contiver até 0,2% de THC, os profissionais da saúde deverão seguir a receita do tipo “B”. Em contrapartida, se o nível de THC for superior a 0,2%, a receita utilizada deverá ser do tipo “A”. Ressalta-se que tal regra está associada ao potencial de dependência associado ao produto à base de *Cannabis sativa*, sendo destinado exclusivamente àqueles que já esgotaram as opções terapêuticas e a pacientes com situações clínicas terminais ou irreversíveis.<sup>19,20</sup>

14. ANVISA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução nº 156, de 5 de maio de 2017. Dispõe sobre a alteração das Resoluções da Diretoria Colegiada - RDC nº 64/2012, nº 29/2013, nº 42/2014, nº 01/2015, nº 11/2015, nº 71/2016 e nº 104/2016, para a inclusão, alteração e exclusão de Denominações Comuns Brasileiras - DCB, na lista completa das DCB. **Diário Oficial da União**, n. 86, seção 1, p. 45. Disponível em: <<https://bit.ly/38O7xx9>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

15. CAMPOREZ, P., 2019.

16. Id., *Ibid*.

17. ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019. Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de *Cannabis* para fins medicinais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 194, 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3kKAc96>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

18. ENTENDA as últimas resoluções da Anvisa sobre *Cannabis* medicinal. **Hempmeds**, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mvdAKz>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

19. ENTENDA... 31 jan. 2020.

20. CRFM – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE MATO GROSSO DO SUL. Anvisa autoriza primeiro produto à base de *Cannabis*. **CRMS**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2JbYVpa>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Ainda, houve a edição da RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020, a qual definiu os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de *Cannabis*. Assim, é possível que pessoas físicas ou seus representantes importem produtos derivados de *Cannabis* por meio de pedido dirigido à Anvisa, devendo seguir seis etapas.

Os critérios e os procedimentos para a importação de produto derivado de *Cannabis* por pessoa física para uso próprio, por meio de prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, estão definidos na RDC nº 335,<sup>21</sup> e serão apresentados na sequência.

A primeira etapa consiste na consulta e prescrição médica. Isto é, o paciente necessita ser submetido a exame por profissional de saúde devidamente habilitado que prescreva o uso de produto à base de CBD com fundamento no quadro clínico do paciente e outros tratamentos já realizados. Ressalta-se que a receita médica é imprescindível para o cadastramento do paciente e para a liberação do produto. Nela deve constar: o nome do paciente, o nome comercial do produto e sua posologia, a data, a assinatura e o número do registro no conselho de classe do médico. Ainda, é importante destacar que não há exigência de que esse médico seja especialista, uma vez que não é de competência da Anvisa a avaliação quanto ao exercício profissional do médico. Além disso, para que seja possível a sua importação, o produto prescrito deve ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem para as atividades de produção, distribuição ou comercialização.

Na segunda etapa, existe o cadastramento do paciente na Anvisa por meio do portal do governo federal, em que é preenchido o formulário de solicitação com anexação da receita médica. O cadastro é válido por 2 anos e, depois desse período, ele pode ser renovado.

Na terceira etapa, a Anvisa analisa o pedido e, se houver pendências, a agência irá informar sobre o que deve ser corrigido. Após a correção, o pedido seguirá para análise.

Por sua vez, na quarta etapa, em seguida à análise do pedido, a agência reguladora emite uma autorização para a importação excepcional do produto prescrito à base de CBD, que ficará disponível para o requerente no portal do governo e deve ser mantida sempre junto ao produto quando esse estiver em trânsito.

Ato contínuo, na quinta etapa, seguidamente à aprovação do cadastro, o requerente realiza a compra do produto e não há intervenção da Anvisa nessa parte, tendo em vista que a agência não fornece os produtos, mas somente autoriza a importação deles. Destaca-se,

21. ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de *Cannabis*, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 54, 27 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eRXgAG>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ainda, que a importação do produto não pode ser realizada pelo correio, em razão da vedação legal, devendo ocorrer por meio de remessa expressa, licenciamento de importação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) ou por bagagem acompanhada.

Além disso, ressalta-se que a importação pode ser intermediada por entidades, como a entidade hospitalar, unidade governamental de saúde, operadora de plano de saúde ou entidade civil representativa de pacientes legalmente constituída, desde que seja para o atendimento do paciente que recebeu a autorização.

Por fim, na sexta e última etapa, é realizada a fiscalização e a liberação do produto pela agência no próprio aeroporto de entrada no País. Nesse momento, será solicitada a apresentação da receita médica emitida pelo mesmo profissional constante na autorização para aquisição do produto.

Ainda, verifica-se que o tempo total de análise do período de autorização compreendeu 42 dias, incluindo-se o prazo de apresentação dos dados exigidos, de modo que, descontando esse prazo, a Anvisa avaliou a solicitação em 35 dias.<sup>22</sup>

Ademais, enquanto o cadastro estiver vigente, uma mesma prescrição pode ser apresentada em mais de uma fiscalização sanitária para fins de anuência de importação pela Anvisa, desde que os quantitativos importados não ultrapassem a quantidade constante na prescrição médica.

O produto importado deve ser utilizado apenas para uso pessoal e é intransferível, sendo vedada a sua entrega a terceiros, a doação, a venda ou qualquer outra utilização que não aquela indicada pela autorização. Nesse sentido, é dever do importador não alterar a finalidade da importação e esse possui responsabilidade pelos danos à saúde individual ou coletiva e ao meio ambiente, em razão da alteração da finalidade de ingresso do produto no território nacional.

Ademais, de acordo com nota emitida pela Anvisa, desde 2015, houve um aumento de aproximadamente 700% da demanda de solicitações de importações, principalmente a partir de 2018, quando houve uma média de 300 pedidos por mês. Nos seis primeiros meses de 2019, a média mensal foi de 500 pedidos, representando um aumento de 70% em relação à média mensal do ano anterior.<sup>23</sup>

Finalmente, ressalta-se que, em 22 de abril de 2020, a Anvisa aprovou o primeiro produto à base de *Cannabis* para ser comercializado no País, sendo esse um fitofármaco, com concentração de THC de até 0,2%, ou seja, deve ser prescrito por meio de receituário tipo “B”.

22. ANVISA, 2020.

23. ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Prazo de análise.** Disponível em: <<https://bit.ly/38IvhSW>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

## 4. DAS DECISÕES POR PARTE DOS TRIBUNAIS

Como demonstrado, a Anvisa não fornece o produto com CBD, mas somente autoriza que a pessoa realize a importação.

Comumente, considerando que o preço do produto é bastante alto, nem todos os pacientes que necessitam do tratamento possuem condições financeiras para arcar com seu custo, tendo que recorrer ao Sistema Único de Saúde (SUS) e pleitear o fornecimento do produto. Na sequência, o SUS indefere administrativamente o pedido, argumentando que o produto não consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename).

Nesse sentido, é importante destacar que o artigo 196 da Constituição Federal (CF),<sup>24</sup> dispõe que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”, devendo ser garantido por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, bem como “ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ainda, o artigo 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 8.080/90,<sup>25</sup> fixa que está incluída “no campo de atuação do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Desse modo, o direito à saúde não pode ser limitado a tratamentos previstos na Rename, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ,<sup>26</sup> firmou entendimento de que o Estado é obrigado a fornecer o tratamento prescrito, ainda que esse não integre as listagens previamente estabelecidas em atos normativos do SUS, desde que presentes os seguintes requisitos:

- (I) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
- (III) existência de registro na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela agência.

Assim, ainda que o produto à base de CBD não esteja previsto na Rename, se for demonstrada a imprescindibilidade do tratamento, o esgotamento das alternativas fornecidas pelo SUS, a incapacidade financeira da parte, bem como o registro na Anvisa, o Estado deve fornecer o produto ao paciente.

24. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3ouERhO>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

25. BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3dWacFv>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

26. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Forne- cimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do sus. possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Dje, 04 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3plvllR>>. Acesso em: 30 ago. 2020.



No entanto, os estados e os municípios, que integram o polo passivo das demandas judiciais que pleiteiam a concessão de produtos à base de *Cannabis sativa*, alegam que a substância CBD não é registrada na Anvisa e não está incorporada nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), por norma da União/Ministério da Saúde, devendo ser financiada exclusivamente pela União. Ainda, aduzem que a negativa do poder público ao pedido de fornecimento de tratamento fora dos protocolos e listas do SUS não implica ofensa à assistência terapêutica integral, tampouco ao direito à saúde.

Desse modo, em que pesem as alegações dos estados e dos municípios sobre a ausência de registro do CBD na Anvisa, o que os isentaria da responsabilidade do fornecimento do produto, verifica-se que os tribunais entendem que essa ausência resta suprida pela autorização excepcional da própria agência para a importação do produto.

Veja-se:

APelação CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO HEMP OIL (CANABIDIOL). SÍNDROME DE DRAVET (CID 10 G40.5). ENCEFALOPATIA EPILÉPTICA RARA. DESNECESSIDADE, IN CASU, DE INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PROCESSO QUE SE ENCONTRA SENTENCIADO. EVENTUAL REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA FEDERAL QUE ACARRETARIA PREJUÍZO EXCESSIVO AO ANDAMENTO PROCESSUAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ASSEGURADO NO ART. 196 DA CF. NECESSIDADE DO FÁRMACO ATESTADA POR PROFISSIONAL DE SAÚDE IDÔNEO E HABILITADO. COMPROVAÇÃO DE INEFICÁCIA DOS DEMAIS FÁRMACOS DISPONIBILIZADOS PELO SUS E DA HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA SUPRIDA PELA AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL DA PRÓPRIA AGÊNCIA PARA IMPORTAÇÃO DO REMÉDIO. RESOLUÇÃO Nº 66. RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 5ª C. Cível - 0001839-19.2016.8.16.0183 - São João - Rel.: Desembargador Carlos Mansur Arida - J. 01.06.2020) (destacou-se).<sup>27</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. MAL DE PARKINSON. CANABIDIOL. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL PARA IMPORTAÇÃO. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. Em que pese o medicamento não ter registro na ANVISA, o certo que ela autoriza sua importação quando há ocorrência de algumas doenças, entre elas, a que acomete a ora agravada. Negar à agravada o fornecimento pretendido implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à vida e à saúde. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TRF-3 AI: 50178292020194030000 SP, Relator: Desembargador

27. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª C. Cível). Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento hemp oil (canabidiol). Síndrome de dravet (cid 10 g40.5). Encefalopatia epilética rara. Desnecessidade, in casu, de inclusão da união no polo passivo. Responsabilidade solidária dos entes federados. Processo que se encontra sentenciado. Eventual remessa do feito à justiça federal que acarretaria prejuízo excessivo ao andamento processual. Direito fundamental à saúde assegurado no art. 196 da cf. Necessidade do fármaco atestada por profissional de saúde idôneo e habilitado. Comprovação de ineficácia dos demais fármacos disponibilizados pelo sus e da hipossuficiência da parte. Ausência de registro na Anvisa suprida pela autorização excepcional da própria agência para importação do remédio. Resolução nº 66. Recurso desprovido e sentença confirmada em reexame necessário. Apelação Cível nº 0001839-19.2016.8.16.0183 – São João. Relator: Desembargador Carlos Mansur Arida, Dje: 01 jun. 2020, Data de Publicação: 03 jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3muClpU>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Federal Marli Marques Ferreira, Data de Julgamento: 22/04/2020, 4ª Turma, Data de Publicação: e- DJF3 Judicial 1 DATA: 28/04/2020) (destacou-se).<sup>28</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ESTADO E MUNICÍPIO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – TUTELA RECURSAL – CRIANÇA AUTISTA COM EPILEPSIA – CANABIDIOL – AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA – EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL PARA IMPORTAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. *Diante da ausência de alternativa terapêutica e da imprescindibilidade do medicamento, compete aos entes públicos a importação do canabidiol, a fim de garantir o direito constitucional à saúde da criança enferma.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403866-26.2020.8.12.0000, Sonora, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 23/07/2020, p: 28/07/2020) (destacou-se).<sup>29</sup>

AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CANABIDIOL. PRESCRITO POR PROFISSIONAL. NECESSIDADE DEMONSTRADA. ANVISA. AUTORIZAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. Interposto agravo interno contra a decisão preambular que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, reputa-se prejudicado o seu processamento, uma vez que o recurso principal já se encontra apto para julgamento do mérito, de modo que o pronunciamento unipessoal será substituído pela manifestação colegiada e definitiva, em observância aos princípios da economia e da celeridade processual. 2. A premente necessidade do medicamento a base de canabidiol e a ineficácia dos fármacos antiepiléticos fornecidos pelo SUS, restou demonstrada pelo laudo médico elaborado pelo profissional que acompanha o menor postulante. 3. No caso do medicamento, cujo princípio ativo é o canabidiol, há de se considerar a autorização excepcional concedida pela própria administração pública, por meio da 0000A, para a sua importação. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO (TJGO – AI: 02648720220188090000, Relator: Alan Sebastião de Sena Conceição, Data de Julgamento: 01/02/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 01/02/2019) (destacou-se).<sup>30</sup>

O tema do fornecimento de produtos à base de CBD pelo poder público está sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 1.165.959,<sup>31</sup> com Repercussão Geral. O caso envolve a discussão sobre a obrigatoriedade, ou não, do Estado, em razão do direito à saúde, fornecer medicamento sem registro na Anvisa. O referido recurso extraordinário substituiu o paradigma do Tema 500 da Repercussão Geral, reconhecida no RE nº 657.718, que foi julgado extinto sem resolução do mérito ante o falecimento da parte recorrente.

Em que pese o processo ainda não ter sido julgado, o Relator Ministro Marco Aurélio votou por negar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese (tema 500 da repercussão geral): “cumpre ao Estado o custeio de medicamento, embora sem

28. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (4ª Turma). Agravo de Instrumento nº 50178292020194030000 - São Paulo. Relatora: Desembargadora Federal Marli Marques Ferreira, Data de Julgamento: 22.04.2020. Data de Publicação: 28.04.2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mrKxYi>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

29. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (2ª C. Cível). Agravo de instrumento – Ação de obrigação de fazer – Estado e município – Fornecimento de medicamento – Tutela recursal – Criança autista com epilepsia – Canabidiol – Ausência de registro na Anvisa – Existência de autorização excepcional para importação – Imprescindibilidade – Recurso provido. Agravo de Instrumento nº 1403866-26.2020.8.12.0000 – Sonora. Relator: Desembargador Julizar Barbosa Trindade. Dje: 23.07.2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mrlV0G>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

30. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (5ª C. Cível). Agravo de Instrumento nº 02648720220188090000 - Goiânia. Relator: Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição, Dje: 01 fev. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/37YfBj>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1165959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Protocolo: 08 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3mstxkq>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

registro na Anvisa, uma vez por esta autorizada, individualmente, a importação”.<sup>32</sup>

Por outro lado, também há discussão quanto à obrigatoriedade do Plano de Saúde fornecer o produto à base de canabidiol.

Embora haja recente decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou ser inviável o entendimento de que o rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima não tem limitações definidas,<sup>33</sup> ainda predomina, pela jurisprudência, o entendimento de que o rol possui conteúdo exemplificativo, servindo apenas como referência. Assim, conforme decidido pela 3ª Turma do STJ, o fato do tratamento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, por se tratar de rol exemplificativo.<sup>34</sup>

Desse modo, ainda que o plano de saúde possa estabelecer quais doenças terão cobertura, não é possível restringir o tipo de tratamento a ser utilizado para a patologia, tornando abusiva a cláusula que exclui tratamentos necessários para a manutenção ou restabelecimento da saúde da paciente. Destarte, não é permitido restringir o tipo de tratamento a ser utilizado para a patologia, sendo abusiva a cláusula que exclui tratamentos necessários para a manutenção ou restabelecimento da saúde do paciente.

Por sua vez, o STJ, no julgamento do Tema 990,<sup>35</sup> fixou a tese que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa”. Todavia, os Tribunais seguem o mesmo entendimento exposto acima, no sentido de que a autorização supre a ausência do registro, de modo que a mencionada tese deixa de ser aplicada aos casos de canabidiol.

Nesse sentido, havendo prescrição médica que ateste a necessidade do produto à base de canabidiol, os Tribunais vêm entendendo que o plano de saúde deve fornecer o tratamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO LIMINAR E DANOS MORAIS. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA PELO AUTOR/AGRAVADO. 1. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA. AUTOR DIAGNOSTICADO COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (CID 10 F840). **DOCUMENTOS MÉDICOS QUE ATESTAM A**

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1165959/SP. Estado de São Paulo, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Protocolo 08/10/2018, Dje 8 set. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mstxkq>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

33. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Planos e seguros de saúde. Recurso especial. Rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, por expressa disposição legal e necessidade de harmonização dos interesses das partes da relação contratual. caracterização como relação exemplificativa. Impossibilidade. Mudança do entendimento do colegiado (overruling). CDC. Aplicação, sempre visando harmonizar os interesses das partes da relação contratual. equilíbrio econômico-financeiro e atuarial e segurança jurídica. Preservação. Necessidade. Recusa de cobertura de procedimento não abrangido no rol editado pela autarquia ou por disposição contratual. Oferecimento de procedimento adequado, constante da relação estabelecida pela agência. Exercício regular de direito. Reparação de danos morais. Inviabilidade. Recurso Especial nº 1733013/PR, Estado do Paraná, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dje: 20 fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/35D0WSP>>.

34. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Autogestão. Recusa de cobertura a procedimento prescrito pela equipe médica. Abusividade. Alegação de procedimento não previsto no rol da ANS. Irrelevante. Enumeração exemplificativa. Precedentes. Dano moral configurado. Revisão súmula 7/stj. Recurso Especial nº 1442296/SP. Estado de São Paulo, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Dje: 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3msiSWW>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

35. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 990. Definir se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado na ANVISA. Publicado em: 26.11.2019. Disponível em: <<https://bit.ly/35oCnKA>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

**NECESSIDADE DO TRATAMENTO COM O USO DO MEDICAMENTO CANABIDIOL® (ISODIOLEX) 6000mg/120 ml ASSOCIADO ÀS TERAPIAS DE EQUOTERAPIA E NATAÇÃO ADAPTADA PARA CONTER O AVANÇO DA DOENÇA. FÁRMACO AUTORIZADO PELA ANVISA AO AUTOR. RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. RELATÓRIOS E LAUDOS MÉDICOS QUE ATESTAM A URGÊNCIA DO TRATAMENTO COM O USO DO FÁRMACO E DAS TERAPIAS SUPRACITADAS. DOCUMENTOS MÉDICOS QUE CONSTAM A JUSTIFICATIVA NA CONTINUIDADE DO TRATAMENTO E A EVOLUÇÃO NA SAÚDE DO PACIENTE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO EVIDENCIADOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300, DO CPC/2015. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.2. COPARTICIPAÇÃO PREVISTA CONTRATUALMENTE. POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA SOBRE O MEDICAMENTO E TERAPIAS PLEITEADOS, NOS PERCENTUAIS RESPECTIVOS (40% E 30%). CLÁUSULA NÃO ABUSIVA. PRECEDENTES.3. DETERMINAÇÃO, EX OFFICIO, PARA QUE SEJAM APRESENTADOS RELATÓRIOS MÉDICOS PELO AUTOR À OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE, A CADA 6 (SEIS) MESES, INDICANDO SE HÁ NECESSIDADE DE CONTINUIDADE DOS TRATAMENTOS DE EQUOTERAPIA E NATAÇÃO ADAPTADA.AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 9ª C.Cível - 0007332-02.2020.8.16.0000 - Maringá - Rel.: Desembargador Luis Sérgio Swiech - J. 12.07.2020) (destacou-se).<sup>36</sup>**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. REVIVID PURE (CANABIDIOL). CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. 1. A análise perfunctória, possível para o estágio em que se encontra o processo principal, permite ilação no sentido da existência dos requisitos para a concessão da tutela pretendida. 2. *In casu*, o agravado apresenta quadro de Transtorno do Espectro Autista, com provável déficit cognitivo associado. E, de acordo com o neuropediatra que o acompanha, não houve resposta aos medicamentos neurolépticos ou antidepressivos, tendo ocorrido, inclusive, piora clínica. Logo, não se contesta a presença do periculum in mora, visto que a medicação indicada pelo profissional é necessária para a manutenção e melhora do quadro clínico de saúde do recorrido. 3. *Além disso, há norma específica referente à possibilidade de importação de medicamentos à base de Canabidiol, qual seja, a RDC nº 17/2015, da ANVISA. E, no dia 11/12/2019, foi publicada no D.O. da União, a RDC nº 327/2019, também da ANVISA, que dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária referente aos produtos de Cannabis para fins medicinais. Exceções normativas que afastam a incidência do REsp 1.712.163/SP (tema 990), encontrando-se presente a probabilidade do direito.* Manutenção do prazo e das astreintes fixadas para o caso de descumprimento da ordem judicial. 5. Recurso desprovido. (TJRJ - 15ª Câmara Cível - AI: 00687967720198190000, Relator: Des(a). RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Data de Julgamento: 04/02/2020) (destacou-se)<sup>37</sup>.**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA - CUSTEIO DE MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL - REGISTRO NA ANVISA QUE AUTORIZA A IMPORTAÇÃO - AUSÊNCIA NO ROL DAS COBERTURAS**

36. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (9ª C. Cível). Agravo de instrumento. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer c/c pedido liminar e danos morais. Decisão agravada que deferiu a tutela de urgência requerida pelo autor/agravado. 1. Tutela antecipada de urgência. Autor diagnosticado com transtorno do espectro autista (cid 10 F840). Documentos médicos que atestam a necessidade do tratamento com o uso do medicamento canabidiol® (isodiox) 6000mg/120 ml associado às terapias de equoterapia e natação adaptada para conter o avanço da doença. Fármaco autorizado pela Anvisa ao autor. Resolução normativa da ANS. Rol exemplificativo. Relatórios e laudos médicos que atestam a urgência do tratamento com o uso do fármaco e das terapias supracitadas. Documentos médicos que constam a justificativa na continuidade do tratamento e a evolução na saúde do paciente. Probabilidade do direito e perigo de dano evidenciados. Preenchimento dos requisitos do artigo 300, do cpc/2015. Decisão agravada mantida. 2. Coparticipação prevista contratualmente. Possibilidade da incidência sobre o medicamento e terapias pleiteados, nos percentuais respectivos (40% e 30%). Cláusula não abusiva. Precedentes. 3. Determinação, ex officio, para que sejam apresentados relatórios médicos pelo autor à operadora do plano de saúde, a cada 6 (seis) meses, indicando se há necessidade de continuidade dos tratamentos de equoterapia e natação adaptada. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. Agravo de Instrumento nº 0007332-02.2020.8.16.0000, Maringá, Relator: Desembargador Luis Sérgio Swiech. Dje: 12 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HCj8nu>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

37. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (15ª C. Cível) Agravo de Instrumento nº 00687967720198190000 - Niterói. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgamento em 04/02/2020. Data da Publicação: 05.02.2020. Disponível em: <<https://bit.ly/31NBzRr>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

*EXCLUÍDAS - AVALIAÇÃO - COMPETÊNCIA DO MÉDICO RESPONSÁVEL PELO CASO - DOMICILIAR – IRRELEVÂNCIA - ART. 300 DO CPC - REQUISITOS PRESENTES - RECURSO NÃO PROVIDO. Verificada a probabilidade do direito e o perigo de dano à saúde de paciente que depende de medicamento à base de canabidiol indicado para epilepsia e transtorno do espectro autista, impõe-se a concessão da tutela de urgência, já que preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC. A Cooperativa não pode se recusar a custear o tratamento sob a justificativa de não figurar no rol de coberturas obrigatórias da ANS e de ser inapropriado para o caso. Devem ser propiciados todos os meios disponíveis para resguardar a vida e a saúde do beneficiário do plano contratado. O médico que acompanha o paciente é quem apresenta melhor condição técnica para a escolha do procedimento mais adequado ao combate dos sintomas diagnosticados, sendo desaconselhável a prestação jurisdicional contrária a essa prescrição e sem suporte científico. Sempre que possível deve prevalecer a ideia de recurso terapêutico em sentido amplo, com a inclusão e o fornecimento das medicações necessárias, e não importa se serão ministradas em ambiente ambulatorial ou domiciliar, tampouco se o paciente não está internado (TJMT – AI: 1009639-47.2020.8.11.0000, Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho, Quarta Câmara de Direito Privado, Julgado em 08/07/2020, Publicado no DJE 08/07/2020) (destacou-se).<sup>38</sup>*

Portanto, consoante exposto, o fato do produto não ser registrado na Anvisa não significa que o poder público e os planos de saúde estejam desobrigados a fornecê-lo, tendo em vista que a jurisprudência entende que esse requisito resta suprido pela autorização da Agência.

Além do mais, existindo prescrição médica atestando que o produto à base de CBD é imprescindível para o tratamento do paciente e que já foram realizadas tentativas prévias com outros medicamentos, o direito fundamental à saúde deve ser garantido e o produto fornecido.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do contexto exposto, percebe-se que houve um grande aumento das demandas visando ao recebimento de produtos à base de CBD para fins medicinais, de modo que a desburocratização por parte da Anvisa gerou a facilitação na concessão dos produtos que contêm *Cannabis sativa* em sua composição.

Ainda, em razão das inúmeras decisões judiciais favoráveis, houve uma ampliação do acesso aos produtos à base de CBD, o qual, embora não seja considerado medicamento, devido ao estágio técnico-científico em que se encontra, apresenta evidências científicas e indicações de uso para casos específicos. Atualmente, mais pessoas têm acesso a esse tratamento, desde que com a devida autorização, o acompanhamento do médico que assiste o paciente e a assinatura do TCLE acerca do uso do produto de *Cannabis sativa*.

38. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (4ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 1009639-47.2020.8.11.0000 – Sinop. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho. Dje: 08 jul. 2020. Data da Publicação: 08.07.2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3oz9N0k>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

Por fim, salienta-se que existe a tendência de que as autorizações para a comercialização de produtos à base de CBD aumentem, visto que os posicionamentos dos tribunais brasileiros estão em conformidade com a utilização de tais produtos. Da mesma forma, a demanda pelo uso de CBD está em aumento, e os resultados que advêm do uso de produtos à base de *Cannabis sativa* são promissores aos pacientes que deles necessitam.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, R.; HUNT, M.; CLARK, J.H. Structure of cannabidiol, a product isolated from the marihuana extract of Minnesota wild hemp. **Journal of the American Chemical Society**, v. 62, p. 196-200, 1940.

ABREU, M. Canabidiol: o que é, para que serve e efeitos colaterais. **Tua Saúde**, jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Tqf8Jb>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução nº 156, de 5 de maio de 2017. Dispõe sobre a alteração das Resoluções da Diretoria Colegiada - RDC nº 64/2012, nº 29/2013, nº 42/2014, nº 01/2015, nº 11/2015, nº 71/2016 e nº 104/2016, para a inclusão, alteração e exclusão de Denominações Comuns Brasileiras - DCB, na lista completa das DCB. **Diário Oficial da União**, n. 86, seção 1, p. 45. Disponível em: <<https://bit.ly/38O7xx9>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 327, de 09 de dezembro de 2019. Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 194, 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3kKAc96>>. Acesso em 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Prazo de análise**. Disponível em: <<https://bit.ly/2IsqOJl>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020**. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 54, 27 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eRXgAG>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ASCOM \_\_\_\_\_. Anvisa autoriza primeiro produto à base de Cannabis. **Gov.br**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2TE7ZoV>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3ouERhO>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/3dWacFv>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria SAS/MS nº 1319, de 25 de novembro de 2013**. Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Epilepsia. Brasília: MS, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3eTgwxO>> Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do cpc/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, DJe, 04 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3po1GnJ>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1165959/SP, Estado de São Paulo, Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Protocolo 08/10/2018, DJe 8 set. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mstxkq>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (5ª C. Cível). Agravo de Instrumento nº 0264872-02.2018.8.09.0000. Agravo interno. Prejudicado. Agravo de instrumento. Obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento. Canabidiol. Prescrito por profissional. Necessidade demonstrada. Anvisa. Autorização excepcional. Relator: Desembargador Alan Sebastião de Sena Conceição. DJe: 01 fev. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/37IYfBJ>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Tema 990. Definir se as operadoras de plano de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado na ANVISA. Publicado em: 26.11.2019. Disponível em: <<https://bit.ly/38C1ueE>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Planos e seguros de saúde. Recurso especial. Rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, por expressa disposição legal e necessidade de harmonização dos interesses das partes da relação contratual. caracterização como relação exemplificativa. Impossibilidade. Mudança do entendimento do colegiado (overruling). CDC. Aplicação, sempre visando harmonizar os interesses das partes da relação contratual. equilíbrio econômico-financeiro e atuarial e segurança jurídica. Preservação. Necessidade. Recusa de cobertura de procedimento não abrangido no rol editado pela autarquia ou por disposição contratual. Oferecimento de procedimento adequado, constante da relação estabelecida pela agência. Exercício regular de direito. Reparação de danos morais. Inviabilidade. Recurso Especial nº 1733013/PR, Estado do Paraná, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 20 fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/35D0WSP>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial. Plano de saúde. Autogestão. Recusa de cobertura a procedimento prescrito pela equipe médica. Abusividade. Alegação de procedimento não previsto no rol da ANS. Irrelevante. Enumeração exemplificativa. Precedentes. Dano moral configurado. Revisão súmula 7/STJ. Recurso Especial nº 1442296/SP, Estado de São Paulo, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe: 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3msiSWW>>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (4ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 1009639-47.2020.8.11.0000 – Sinop. Agravo de instrumento - Ação De Obrigação de Fazer - Plano de Saúde - Tutela de Urgência Deferida - Custeio de Medicamento à base de Canabidiol - Registro na Anvisa que autoriza a importação - Ausência no rol das coberturas excluídas - Avaliação - Competência do médico responsável pelo caso - Domiciliar – Irrelevância - art. 300 do CPC - Requisitos presentes - Recurso não provido. Relator: Rubens de Oliveira Santos Filho. DJe: 08 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3oz9N0k>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (2ª C. Cível). agravo de Instrumento nº 1403866-26.2020.8.12.0000 – Sonora. Agravo de instrumento – Ação de obrigação de fazer – Estado e município – Fornecimento de medicamento – Tutela recursal – Criança autista com epilepsia – Canabidiol – Ausência de registro na Anvisa – Existência de autorização excepcional para importação – Imprescindibilidade – Recurso provido. Relator: Desembargador Julizar Barbosa Trindade. DJe: 23 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mrIV0G>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª C. Cível). Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento hemp oil (canabidiol). Síndrome de dravet (cid 10 g40.5). Encefalopatia epilética rara. Desnecessidade, *in casu*, de inclusão da união no polo passivo. Responsabilidade solidária dos entes federados. Processo que se encontra sentenciado. Eventual remessa do feito à justiça federal que acarretaria prejuízo excessivo ao andamento processual. Direito fundamental à saúde assegurado no art. 196 da cf. Necessidade do fármaco atestada por profissional de saúde idôneo e habilitado. Comprovação de ineficácia dos demais fármacos disponibilizados pelo sus e da hipossuficiência da parte. Ausência de registro na Anvisa suprida pela autorização excepcional da própria agência para importação do remédio. Resolução nº 66. Recurso desprovido e sentença confirmada em reexame necessário. Apelação Cível nº 0001839-19.2016.8.16.0183 – São João. Relator: Desembargador Carlos Mansur Arida, Dje: 3 jun. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3muClpU>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (9ª C. Cível). AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer c/c pedido liminar e danos morais. Decisão agravada que deferiu a tutela de urgência requerida pelo autor/agravado. 1. Tutela antecipada de urgência. Autor diagnosticado com transtorno do espectro autista (cid 10 f840). Documentos médicos que atestam a necessidade do tratamento com o uso do medicamento canabidiol® (isodiolox) 6000mg/120 ml associado às terapias de equoterapia e natação adaptada para conter o avanço da doença. Fármaco autorizado pela anvisa ao autor. Resolução normativa da ANS. Rol exemplificativo. Relatórios e laudos médicos que atestam a urgência do tratamento com o uso do fármaco e das terapias supracitadas. Documentos médicos que constam a justificativa na continuidade do tratamento e a evolução na saúde do paciente. Probabilidade do direito e perigo de dano evidenciados. Preenchimento dos requisitos do artigo 300, do cpc/2015. Decisão agravada mantida. 2. Coparticipação prevista contratualmente. Possibilidade da incidência sobre o medicamento e terapias pleiteados, nos percentuais respectivos (40% e 30%). Cláusula não abusiva. Precedentes. 3. Determinação, ex officio, para que sejam apresentados relatórios médicos pelo autor à operadora do plano de saúde, a cada 6 (seis) meses, indicando se há necessidade de continuidade dos tratamentos de equoterapia e natação adaptada. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. Agravo de Instrumento nº 0007332-02.2020.8.16.0000, Maringá, Relator: Desembargador Luis Sérgio Swiech. Dje: 12 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HCj8nu>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (15ª C. Cível) Agravo de Instrumento nº 00687967720198190000 - Niterói. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Dje: 05 fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/31NBzfr>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (4ª Turma). Agravo de Instrumento nº 50178292020194030000 - São Paulo. Relatora: Desembargadora Federal Marli Marques Ferreira. Dje: 28.04.2020.

CAMPOREZ, P. Anvisa libera venda de remédio à base de maconha em farmácias no Brasil, mas veta cultivo. **Estadão – Portal do Estado de S. Paulo**, 4 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3jA9qz3>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.113, de 16 de dezembro de 2014**. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsia da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Disponível em: <<https://bit.ly/3eS0Stg>>. Acesso em: 29 ago. 2020

CRFM – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE MATO GROSSO DO SUL. Anvisa autoriza primeiro produto à base de Cannabis. **CRMS**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2JbYVpa>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CONTE, J. CFM libera uso de canabidiol para uso terapêutico. **Portal Drauzio Varela**, [s.d]. Disponível em: <<https://bit.ly/37I3phu>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CRIPPA, J. A. S.; ZUARDI, A. W.; HALLAK, J. E. C. Uso terapêutico dos canabinoides em psiquiatria. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 32, supl i, maio 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/3jzg88z>>. Acesso em: 29 ago. 2020.



ENTENDA as últimas resoluções da Anvisa sobre Cannabis medicinal. **Hempmeds**, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mvdAKz>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ZUARDI, A.W. History of cannabis as a medicine: a review. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 28, n. 2, p. 153-157, 2006.

# ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOTÉCNICA

Apoio científico:



**ASOLADEME**  
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico  
Sede Brasil



UNIVERSIDAD CATORCENARIENSE



**APEDIMES**  
Associação Pernambucana  
de Direito Médico e da Saúde







Apoio científico:



**ASOLADEME**  
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico  
Sede Brasil



**APEDIMES**  
Associação Pernambucana  
de Direito Médico e da Saúde

