



E-BOOK ACADÊMICO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM

DIREITO MÉDICO E ODONTOLÓGICO

2ª TURMA



Universidade Corporativa Anadem

ANO 2021

FORMANDOS

Alexandre Lemos dos Santos

Alina da Cunha El Jundi

Beatriz Carneiro

José Antonio Ramalho

Juliana Sousa Almeida

Oinei Abdao

Pamela Michelly Brizolla

Shauane Alessandra Dias Mendonça

Thiago Luiz Attié

Vitor Migliora Tourinho

Viviani Sampaio

FICHA TÉCNICA

Autoria

Universidade Corporativa Anadem - UCA

Coordenador do Curso

Raul Canal

Diretor Pedagógico

José Antonio Ramalho

Coordenadora Pedagógica

Ana Cristina Freitas

Editor e Jornalista Responsável

Andrew Simek

Revisão de textos

Dayse Mendes

Diagramação e Projeto Gráfico

Thallys Guilande

PALAVRA DO PRESIDENTE

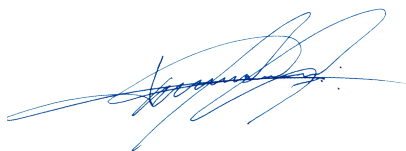
Caros colegas,

A Universidade Corporativa da Anadem (UCA), reforçando o seu papel junto à Sociedade e, também à sua missão, que é o fortalecimento dos fundamentos do Direito Médico e das medidas de Segurança do Paciente, apresenta, nesse *e-book* acadêmico, conteúdos voltados para a área da saúde, mostrando a interdisciplinaridade do curso, com artigos que abordam aspectos regulatórios, judicialização da área da saúde, dentre outros.

Esse compilado de trabalhos acadêmicos, desenvolvidos pelos alunos da segunda turma de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico, vem reforçar ao mercado o cuidado e a importância dada pela Anadem para o debate sobre problemas relacionados ao exercício profissional da medicina e da odontologia.

Esperamos, com esse *e-book*, gerar conhecimento e ampliar a consciência para um mercado que está em plena ascensão, sobretudo dentro de uma transformação dos relacionamentos sociais, bem como do comportamento da inteligência jurisprudencial a propósito do tema.

Desejamos uma boa leitura a todos.



Dr. Raul Canal
Presidente da Anadem



APRESENTAÇÃO DA UCA

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

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

Missão, visão e valores

Missão

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

Visão

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

Valores

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

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

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

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

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



SUMÁRIO

Alexandre Lemos dos Santos.....	07
Alina da Cunha El Jundi.....	42
Beatriz Oliveira Carneiro.....	69
José Antonio Ramalho.....	78
Juliana Sousa Almeida.....	105
Oinei Abdao.....	119
Pamela Michelly Brizolla.....	137
Shauane Alessandra Dias Mendonça.....	149
Thiago Luiz Attié.....	171
Vitor Migliora Tourinho.....	186
Viviani Sampaio.....	200

A garantia do direito à saúde por meio de intervenção judicial e o (des)respeito à reserva do possível¹

The guarantee of the right to health through judicial intervention and the (dis)respect for the reserve of possible

Alexandre Lemos dos Santos

RESUMO

O direito à saúde faz parte dos direitos sociais, também chamados de Direitos Fundamentais de segunda geração, que são atinentes aos direitos econômicos, culturais e sociais. Essa geração obriga o Estado a uma prestação obrigacional positiva, exigindo que ele intervenha, proteja, crie e aplique normas e políticas públicas para a concretização desses direitos. Dentro desse contexto, o presente trabalho pretende tratar das concessões, por meio judicial, de tratamentos médicos e de medicamentos, com a finalidade de atender aos pleitos individuais. As razões para o ingresso de tais ações está na Constituição Federal de 1988, que assegura a efetividade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Mas o Estado, por sua vez, alega que não possui orçamento para a concretização do requerido, e é neste momento que se utiliza da chamada “Reserva do Possível”, teoria segundo a qual todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral. Através disto, a União acaba por tentar se omitir de exercer o disposto em sua Carta Magna, mas a mera alegação dessa teoria não o exime do cumprimento, exceto se comprovado, oportunidade na qual o judiciário acaba por condená-lo ao cumprimento integral ou parcial da obrigação, baseando-se para isto no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e no dispositivo constitucional em que está imposta tal efetivação. Para tanto, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo; como método de procedimento será utilizado o artigo; a técnica a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica em fontes/dados secundários.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Efetividade. Judiciário.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Médico pelo Curso Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Médico e Odontológico da parceria UCA – Universidade Corporativa Anadem com o Centro Universitário Unicamury.

ABSTRACT

The right to health is part of social rights, also called Second Generation Fundamental Rights, which are related to economic, cultural and social rights. This generation obliges the State to provide a positive mandatory performance, demanding that it intervene, protect, create and apply public rules and policies for the realization of these rights. Within this context, the present work intends to deal with concessions, through judicial means, of medical treatments and medications, with the purpose of meeting individual claims. The reasons for the entry of such actions are in the Federal Constitution of 1988, which ensures the immediate effectiveness of fundamental rights and guarantees. But the State, for its part, claims that it does not have a budget for the realization of the defendant, and it is at this moment that the so-called “Reserve of the Possible” is used, a theory according to which every budget has a limit that must be used according to the requirements of general economic harmonization. Through this, the Union ends up trying to omit to exercise the provisions of its Constitution, but the mere allegation of this theory does not exempt it from compliance, unless proven, an opportunity in which the judiciary ends up condemning it to full or partial compliance of the obligation, being based for this in the existential minimum, in the dignity of the human person and in the constitutional device where such effectiveness is imposed. For that, the hypothetical-deductive approach method will be used; as a method of procedure the article will be used; the technique to be used is bibliographic research on secondary sources / data.

Keywords: Social Rights. Effectiveness. Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é garantia fundamental amparada pela Constituição Federal. Ocorre que o Estado, com o objetivo de não prestar tal direito, utiliza-se de argumentos e defesas, por exemplo, falta de orçamento, e tenta desobrigar-se de seu dever. O objetivo do presente trabalho é analisar a concessão de medicamentos e de tratamentos médicos pela via judicial e sua repercussão sobre o equilíbrio das contas públicas, enfatizando a teoria da reserva do possível, enquanto meio de impedir o êxito dessas demandas. Afinal, ainda hoje é questionável a forma e intensidade da eficácia dos direitos fundamentais individuais.

No primeiro capítulo, encontra-se a imensa importância dos direitos fundamentais, e dentro dele enfatizam-se os direitos sociais, com foco no direito à saúde, que será a base para toda a realização no presente estudo. Para isto, será mencionada desde sua origem como direito até a forma como pode ser buscada sua eficácia diante da inércia do Estado em cumprir com sua prestação obrigacional positiva.

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais mais importantes, está umbilicalmente entrelaçado com a dignidade da pessoa humana. Acontece que, muitas vezes, o Executivo não exerce corretamente a efetivação desse direito, com isto os cidadãos que carecem de sua prestação buscam através do Judiciário a concretização do disposto no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988.

Já no segundo capítulo, abordar-se-á a “Reserva do Possível” em todas as suas dimensões e de que modo ela é utilizada pelo Estado para a não efetividade prestacional plena de pleitos relacionados à área da saúde, de modo a se tornar assim um limitador. Será mencionado o mínimo existencial e de que forma ele intervém dentro da própria reserva do possível, além logicamente de ser analisado de que forma é feito o orçamento para a área da saúde.

No terceiro capítulo, é tratada a inserção do judiciário nas demandas da saúde, além de sua interferência nos demais Poderes, infringindo, assim, o princípio da separação dos poderes e anulando a Reserva do Possível. Também será feita uma breve análise sobre algumas decisões ativistas a respeito do tema e de como a reserva do possível é aplicada dentro das ações obrigacionais.

Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo; como método de procedimento, será utilizado o monográfico; a técnica a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica em fontes/dados secundários. O presente trabalho abordará o caos atual entre os Poderes Públicos no tocante à efetivação do direito fundamental à saúde, o que ocorre por inúmeros fatores, dentre eles, o crescimento populacional desenfreado, as políticas públicas pouco eficazes por parte do Poder Executivo e a ausência de recursos específicos.

Com todas essas falhas por parte do Estado, os cidadãos acabam por requerer assistência e amparo por intermédio do Judiciário. Pode ser observado que este assunto é de grande interesse para o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, pois se trata de um direito fundamental relacionado a inúmeros princípios, tais como a dignidade da pessoa humana e inafastabilidade do controle jurisdicional.

Quando tal garantia é descumprida, cabe ao Judiciário intervir, amparar e concretizar sua exigibilidade e eficácia. É neste momento que se dá a quebra do princípio da separação dos poderes.

Quando isto ocorre, cabe ao cidadão o direito de requerer providências, e isto pode ser feito por meio de advogados, do Ministério Público e das Defensorias Públicas. A cada momento há dificuldades para a obtenção de medicamentos ou tratamentos pela via administrativa. Então, ocorre a intervenção judicial na garantia do direito à saúde, porém como válvula de escape.

O Poder Judiciário encontra óbices para atuar e impor as prestações das obrigações relacionadas à saúde, ainda mais que o ente público, ao formular suas defesas nesses processos, arma-se de teorias e argumentos preciosos, por exemplo, da teoria da reserva do possível. Será trabalhado se a reserva do possível por oportunidade da concessão de tratamentos médicos pela via judicial é levada em consideração. A reserva do possível é de suma importância e interesse geral, pois atinge direta ou indiretamente o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, além de órgãos como Ministério Público e Defensorias Públicas.

Neste trabalho tentar-se-á debater e expor os mais diferentes pontos, desafios e questionamentos no âmbito da obrigação do Estado de zelar por seu povo.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Evolução histórica do direito à saúde no Brasil

Será necessário e interessante efetuar-se um breve retrospecto a respeito do Direito à saúde no Brasil. A primeira vez que houve menção de algum tema referente à saúde populacional foi no ano de 1809, quando o Príncipe Regente criou o cargo de Provedor-mor de Saúde da Corte dos Estados do Brasil, responsável por impedir o contágio de navios, mercadorias e passageiros que desembarcassem no litoral, criando, assim, uma espécie de vigilância sanitária, posto que também fiscalizava açougues e matadouros, tudo com o intuito de preservar o bem público e particular. Em 1810, houve o controle, através de normas, credenciamento e exames, para médicos e boticas, só assim era permitido o exercício profissional. Já em 1811, foi criada a Junta de Instituição Vacínica e, em 1812, o primeiro laboratório quimicoprático, que ficava sob inspeção da Marinha (RAEFFRAY, 2015).

A Constituição Federal de 1824 assegurou, de forma indireta e individualista, a saúde em seu artigo 179, inciso XXI, indiretamente, porque apenas menciona prestação de socorros públicos, como podemos observar no que traz Wagner Balera (2000):

[...] demasiado vaga a primeira formulação utilizada em texto constitucional, para designar a proteção social os brasileiros vieram a receber de sua Lei Maior. Com efeito, assim se expressa a Carta do Império: “A Constituição também garante socorros públicos”.

O constituinte coloca, pois, a proteção social como um dos direitos humanos cuja garantia é a própria Lei Maior. No contexto liberal em que se situava, a Carta Imperial já lançava pedra fundamental para a edificação da proteção social no Brasil. Conforme pode ser entendido no texto de Raeffray, no transcorrer entre as Constituições de 1824, 1891 até 1934, ocorreram vários fatos que influenciaram para que houvesse um melhor posicionamento sobre o assunto, exemplos desses fatos foram: abolição da escravidão, chegada dos imigrantes, Primeira Guerra Mundial, dentre outros (RAEFFRAY, 2018).

Foram criados institutos como: ampliação do acesso à saúde, regulamentação da licença gestante, a primeira Lei sobre Previdência Social, criação dos Ministérios da Educação e Saúde. Neste ponto pode ser percebida a transição de valores políticos para valores sociais, além do começo da privatização da saúde. Em 1934, foi formulada uma nova Constituição, que propõe a competência concorrente da União e dos demais entes federativos para legislar sobre saúde, conforme traz a Carta Magna, artigo 10, inciso II: “Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) II - cuidar da saúde e assistência públicas;” (BRASIL. 16 de julho de 1934) .

Ressalta-se que a Carta Magna de 1924 foi além, isto porque o seu modelo era mais social que político, pois Getúlio Vargas queria apresentar-se como um defensor engajado do Movimento Mundial de Garantia e Proteção do Trabalhador (RAEFFRAY, 2018, p.171) , por isso, até então, se entendia que apenas os trabalhadores teriam acesso e direito pleno à saúde, como pode-se observar no artigo 121, parágrafo primeiro, inciso h:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. (RAEFFRAY, 2018, p.171)

Já a Constituição de 1937, também conhecida como “a polaca”, foi marcada por suas inúmeras disposições transitórias e práticas autoritárias, posto que tudo deveria ser de controle e competência do Presidente (BONAVIDES; PAES (2015). A saúde nessa época, foi tratada do seguinte modo: “Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...) XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.” (BRASIL. 18 de setembro de 1946)

Pode ser observada aqui a diferença em comparação com a Carta Magna anterior, que deixava tais direitos em concorrência com os demais entes federativos, além de abranger riscos sociais, assistências médicas e instituir o Departamento Nacional de Saúde (Lei nº 378 de 13 de janeiro de 1937). Em 1946, houve a promulgação de uma nova Constituição, juntamente com a redemocratização. Nesse período a saúde foi tratada da seguinte forma:

Art. 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário; Art. 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b, e, d, f, h, j, l, o e r, não exclui a legislação estadual 8 supletiva ou complementar. (RAEFFRAY, 2018, p.204).

Observa-se que a saúde seguiu sendo de competência do Estado, porém não mais exclusivamente, dando assim determinada autonomia aos demais entes. Em todas as Constituições até o momento descritas – exceto a primeira – a saúde seguia direcionada exclusivamente ao trabalhador, ou seja, ainda era denominada medicina previdenciária. Porém, houve grandes evoluções, como a criação, em 1954, da Lei 2.312, que elaborou normas gerais à proteção da saúde. Nela estava escrito:

“[...]dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo e incumbindo a União de manter um órgão de saúde e assistência social”. (RAEFFRAY, 2018, p. 204)

Ressalta-se que essa foi regulamentada como Decreto nº 49.974/61, que criou o Código Nacional de Saúde. Nesta época foram criados também os convênios e fortalecido o setor privado, afinal, o modelo Constitucional almejado na época para a saúde era o do Seguro Social, e ainda mencionou que esse já estava sendo utilizado em grande parte da Europa por ser o que melhor se encaixava com as estruturas políticas, econômicas e sociais, posto que seu discurso era médico assistencial privatista (RAEFFRAY, 2018, p. 204).

O Militarismo foi a marca da Constituição Federal de 1967, afinal, houve o golpe militar no ano de 1964. Os direitos e garantias fundamentais individuais seguiram os mesmos da Lei Maior de 46, porém esta trouxe avanços na área da saúde, tais como o crescimento da privatização da assistência médica, por meio de planos de saúde, criação do Plano de Coordenação das Atividades de Proteção e Recuperação da Saúde, Plano Nacional de Saúde, Plano de Pronto Ação, Sistema Nacional de Saúde (lei 6.229/75 e revogada pela 8.080/90), entre outras. Porém, a ênfase é dada às estipulações das competências do Ministério da Saúde:

Art. 1º- O complexo de serviços, do setor público e do setor privado, voltados para ações de interesse da saúde, constitui o Sistema Nacional de Saúde, organizado e disciplinado nos termos desta lei, abrangendo as atividades que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, nos seguintes campos de ação: I - do Ministério da Saúde, ao qual compete formular a política nacional de saúde e promover ou executar ações preferencialmente voltadas para as medidas e os atendimentos de interesse coletivo, cabendo-lhe particularmente: b) Elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; e) Efetuar o controle de drogas, medicamentos e alimentos destinados ao consumo humano; II - O do Ministério da Previdência e Assistência Social, com atuação voltada principalmente para o atendimento médico-assistencial individualizado, cabendo-lhe particularmente: a) Elaborar planos de prestação de serviços de saúde às pessoas; b) Coordenar, em âmbito nacional, o subsistema de prestação de serviços de saúde às pessoas; d) Prestar diretamente serviços de saúde às pessoas, ou contratá-los com entidades de fins lucrativos ou não, sujeitando-as a fiscalização permanente; g) Promover medidas adequadas a redução do custo dos medicamentos de maior eficácia e de comprovada necessidade para proteção da saúde e combate às doenças, inclusive subvencionando sua aquisição, ou distribuindo-os gratuitamente às classes mais pobres da população.(BRASIL, 1975).

Mas no que tange diretamente à assistência à saúde foi tratada – observa-se que aqui já foram feitas as alterações impostas pelas Emendas Constitucionais (nº1/69, nº 2/72, nº7/77 e 24/83) – da seguinte forma:

Art. 8º - Compete à União: XVII - legislar sobre: (...) c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; § 2º - A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das letras c, d, e, n, q e v do item XVII, respeitada a lei federal.
Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...) IX - higiene e segurança do trabalho; (...) XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; (...) § 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL, 1967).

O militarismo brasileiro impôs normas jurídicas, em todos os setores, os quais não correspondiam a nenhum outro valor se não aqueles de interesse direto dos próprios militares e dos grupos por eles favorecidos. Assim, a saúde transformou-se em simples meio gerador de renda, nem que para esse fim fossem excluídos da abrangência do modelo clientelista, grande parte da população (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988) A Constituição Federal de 1988 é denominada Constituição Cidadã, pois na era pós-ditadura viu-se a necessidade de proteger o homem, conforme falou Ulysses Guimarães no prefácio, que depois foi abstraído por improbidade.

O homem é problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança é a Constituição Cidadã (RAEFFRAY, 2018, p. 209).

E nela foram esculpidos os mais diferentes princípios e proteções, isso inclui os direitos fundamentais, como a saúde na Constituição Federal de 1988, que será tratada de forma mais específica posteriormente. Serão mencionadas somente as inovações trazidas por essa na área em foco: a busca pela universalidade da saúde através da busca da saúde para todos, como mencionado por Hélio Dias (2017, p. 69), a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, artigo 4º da Lei 8.080/90.

Hélio Dias (2017, p. 69) afirmava que: “A saúde para todos significa que a saúde há de ser colocada ao alcance de cada indivíduo em um país determinado; por saúde há de entender-se um estado pessoal.” Assim, percebe-se que, no Brasil, o começo do direito e o acesso à saúde eram do trabalhador, beneficiando somente a este. Isso foi abolido com a Carta Magna atual, e ainda foram vistas as diferentes opiniões a respeito de quem deve ser o responsável pela área; primeiramente, foi delegada, depois sua concorrência era exclusiva, após tornou-se competência relativa, podendo assim a intervenção, se necessária, dos demais entes federativos. Através de tudo o que foi expresso, aqui pode ser observada a evolução gradual da saúde até a chegada do modelo atual.

2.1.1 Os direitos fundamentais e sua eficácia

Os Direitos Fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados pelo homem no âmbito do Direito Constitucional. Com o transcorrer do tempo ocorreu a evolução dos direitos sociais, conforme traz Fabiana Kelbert (2017, p.21):

Tem-se afirmado, em relação à evolução histórica dos direitos sociais, que estes seriam sucessores dos direitos civis e políticos, preconizados no Estado Liberal, onde se desvendaram os chamados direitos de liberdade, que previam condutas negativas por parte do Estado. Os direitos de liberdade fariam parte da primeira geração ou dimensão de direitos, positivados no contexto do Estado Social, onde passaram a ter lugar os direitos sociais.

Os direitos sociais conseguiram a real afirmação no constitucionalismo no período pós-guerra (século XX), pois foram vistos como forma para dar conteúdo aos direitos políticos e civis. A esse propósito, a lição de Noberto Robbio (2014, p. 226) é bastante interessante:

A mais fundamentada razão da sua aparente contradição, mas real complementaridade, com relação aos direitos de liberdade, é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de

liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efetivo. Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna. De bem-estar, ou seja, não só a disponibilidade de serviços sanitários, como também um estado de saúde que permita a uma pessoa levar uma vida social e economicamente produtiva. A saúde para todos obriga a suprimir os obstáculos que se opõe à saúde, assim como resolver problemas puramente médicos, de leitos hospitalares, de medicamentos e vacinas. A saúde para todos significa que a saúde há de considerar-se como um objetivo do desenvolvimento econômico e só como um dos meios de alcançar dito movimento. (...) A saúde para todos depende do progresso ininterrupto da assistência médica da saúde pública.

Ressalta-se que, com o passar do tempo, juristas, doutrinadores e estudiosos delimitaram que os direitos fundamentais poderiam ser divididos em 03 (três) categorias, sendo elas: Direitos fundamentais de primeira geração, Direitos fundamentais de segunda geração, Direitos fundamentais de terceira geração e Direitos fundamentais de quarta geração. Ingo Sarlet (2017, p.50) defende essa teoria, porém deixa claro que a terminologia “gerações” é errônea, posto que o termo mais adequado é “dimensões”, afinal, deve haver uma ideia harmônica e complementar entre os direitos de forma a trazer a igualdade entre elas próprias, o que não acontece com o uso, mesmo que genérico e costumeiro, da palavra geração, pois esta induz a ideia de substituição, de modo a uma eliminar a outra.

Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração recebem a denominação de direitos civis e políticos, estes, por sua vez, subdividem-se no direito à vida, à propriedade, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Trata-se de direitos inerentes ao indivíduo em si, por isto, recebem a característica de negativos, posto que não deve haver a interferência do Estado nas decisões. Ressalta-se, ainda, que houve a universalização desses direitos com a Revolução Francesa e pode ser encontrado, até hoje, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que foi aprovado no dia 16 de dezembro de 1966, na XXI Assembleia Geral da ONU, e em 23 de março de 1976, teve sua real concretização e validade (TRENTIN, 2018, p. 37).

No decorrer dos tempos essa geração sofreu inúmeros problemas de arbítrios por parte dos mais variados governantes, isto porque mexe diretamente com liberdades governamentais, e com isso impedia que os representantes do povo interviessem na liberdade de ir e vir, apropriação de propriedade produtiva e até mesmo na exploração dos cidadãos por eles. Um dos autores que mencionam tal dificuldade é Lorivan Antonio Trentin 2018, p 38).

No que tange aos Direitos Fundamentais de Segunda Geração, de que trata o presente trabalho, recebem tal denominação porque englobam direitos econômicos, culturais e sociais, que geram de modo positivo ao Estado a obrigação de intervir, proteger, criar e aplicar normas e políticas públicas de concretização de direitos, dentre os quais a saúde, a educação, o trabalho e outros. Seu surgimento ocorreu no final do século XIX e mantêm relações com o marxismo, tendo em vista que buscam induzir o Estado a agir positivamente, concretizando a existência das liberdades, que antes apenas estavam no papel (SARLET, 2017, p.51).

Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração têm por finalidade defender a coletividade, são os chamados direitos à solidariedade e à fraternidade, que procuram desvincular a figura do homem em si e amplificar o poder conferido aos grupos sociais, à família, à população..., dando primazia ao social (SARLET, 2017, p.52). Pode-se ainda aludir à ideia trazida por Trentin (2018, p. 42), que trata os direitos fundamentais como sendo internacionais, pois recebem uma proteção que avança

as fronteiras dos Estados, já que a comunidade internacional busca uma coexistência harmônica da população mundial. Como mencionado pelo Min. Celso de Mello em STF, MS 22164/SP:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores indisponíveis, pela nota de uma 23 essencial inexauribilidade.(BRASIL).

Há doutrinadores ainda que defendem a existência de Direitos Fundamentais de Quarta Geração, relacionados à evolução social e científica da humanidade, dentre os quais a biociência, a clonagem e a informática. Um dos defensores da ideia é Paulo Bonavides, que introduz o conceito de que são direitos à democracia, pluralismo e informação: “[...] longínquo está o tempo da positivação desses direitos, pois compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os 24 povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”. (BONAVIDES, 2017, p. 526).

Uma vez especificados os Direitos Fundamentais, deve-se falar que, à exceção da primeira geração, as demais enfatizam e requerem que haja por parte do Estado uma conduta ativa, ou seja, só podem ser realizadas se houver ações governamentais e políticas públicas eficazes. Em sua obra, Canotilho refere:

Daí a problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concedida não como um limite, mas como um fim do Estado. (CANOTILHO, p.2017, p.519).

Observa-se que o Estado se torna fornecedor de serviços a sua população, na Constituição Federal de 1988, inovando ao expressar tais direitos sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que passam a assumir um caráter constitucional inegável, além de fundamentalidade, o que pode ser percebido no entendimento de Sarlet (2016, p. 86):

[...] a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que –sente sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, 26 §1º, da CF).

A Constituição Federal assegura a aplicabilidade e eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais, em face da redação de seu artigo 5º, § 1º. Entretanto, existem opiniões divergentes a esse respeito, pois alguns doutrinadores consideram os direitos fundamentais normas programáticas, e com isto, eficácia limitada. Pode ser percebido nas definições de Flávia Piovesan:

Como se sabe, as normas constitucionais programáticas são normas de veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos, programas a serem desenvolvidos mediante

providências integrativas da vontade do constituinte. Situam-se, as normas programáticas, como verdadeiras normas de justiça social. (PIOVESAN, 2015, p. 63).

O mesmo entendimento é exposto por José Afonso da Silva (2017, p. 140):

As normas de eficácia limitada são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Seguindo esta linha de pensamento, chegar-se-á à conclusão de que os direitos sociais serviriam apenas para induzir a criação de programas sociais por parte da União, e por isto estaria quebrada a tese de aplicabilidade imediata, criando, neste ponto, mais um modo de fuga do Estado no exercício de prestação de serviços. Porém, a falta de execução dos direitos sociais viola em si o direito e a própria norma, posto que não poderia gerar efeito, com isto a ideia de reforçar a obrigatoriedade das normas de direitos constitucionais introduz o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias, então se torna inaceitável que o Estado se omita, afinal, estaria ele mesmo violando um preceito próprio (PIOVESAN, 2013, p.44).

No presente trabalho, não será abordada a discussão existente em torno da efetividade dos direitos sociais, pois desviaria o foco principal do trabalho. A aplicabilidade imediata das normas é entrelaçada à sua eficácia em produzir efeitos puros, não podendo assim restringi-la, além disto, é evidente a dificuldade fática na realização dos direitos sociais, e, caso exista a retirada de seu cunho imediato, também se perderia sua fundamentalidade, afinal, seu real significado é o poder de exigir judicialmente e imediatamente caso qualquer seu um de seus preceitos seja corrompido.

Logicamente não se pode esquecer que nem todas as normas têm sua eficácia condicionada aos mesmos fatores; existem normas que dependem de interferência do Legislativo, a respeito das quais Sarlet menciona a necessidade de determinados mecanismos para acioná-las, por exemplo, os instrumentos processuais do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. Eles comprovam que existem normas dependentes de interposição do legislador e que esses instrumentos se encontram a serviço da aplicabilidade imediata e da efetividade das normas constitucionais.

Deve ser mencionado que os efeitos possuem diferentes resultados, conforme pode ser visto em Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

O efeito horizontal tem caráter mediato/indireto e, excepcionalmente, caráter imediato/direto. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional [...] O efeito horizontal imediato refere-se ao vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais. (MARTINS, 2017, p.113).

Faz-se necessário, para o entendimento da efetividade dos direitos sociais, esclarecer que muitos doutrinadores dão caráter programático à ordem social, como o faz Maria Helena Diniz, que define norma programática como norma constitucional na qual o constituinte não regulou direta-

te os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem observados pelos poderes públicos como programas das respectivas atividades, pretendendo a consecução dos fins sociais pelo Estado (DINIZ, 2020, p. 802).

2.1.2 A função e a importância dos direitos sociais

O doutrinador Wal Martins diz que os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de segunda geração e constituem verdadeiros direitos de crédito do indivíduo em face do Estado, instituindo o dever correlato de este prover sua concretização (MARTINS, 2018, p.25).

Segundo Pasold (2013, p.57), o Estado Contemporâneo surgiu somente no ano de 1917, com a instituição da Constituição Mexicana, afinal, ela foi a primeira a trazer de modo expresso os elementos que o caracterizam. Nas palavras do autor:

1) mantém consagrados os Direitos Individuais; 2) insere como Direitos Fundamentais também os Direitos Sociais e/ou os Direitos Coletivos; 3) para assegurar a efetiva realização desses direitos estabelece e disciplina a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

Os direitos sociais obrigam o Estado a prestações positivas, logo, desempenham variadas funções. Gomes Canotilho traz luz às seguintes concepções funcionais: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação. A Função de defesa ou de liberdade tem o intuito de lembrar que o

Estado deve abster-se nas escolhas feitas pelo cidadão (GOMES, 2017, p.407).

Essa abstenção, segundo José Carlos Vieira de Andrade, significa dever de não interferência ou de não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação. Nessa direção, impõe-se pela coletividade substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (ANDRADE, 2008, p.192).

Então, cria-se um limitador do poder estatal, mas, ao mesmo tempo, atribui a este o dever de impedir e evitar que algo aconteça, um exemplo lógico é a tortura: ao mesmo tempo que o Estado deve defender a função de defesa ou de liberdade, de modo a não intervir, não podendo ele praticar tal ato, também deve evitar que outros o façam com base nos demais direitos fundamentais. Neste ponto afirma Canotilho (2018, p.216), que existe uma dupla dimensão:

Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Como se observa, essa primeira função é intimamente ligada aos direitos fundamentais de primeira geração. A função de prestação social, como do próprio título já se deduz, relaciona-se à real prestação do Estado à pessoa, impondo ao ente público o dever de “ação” para atingir o resultado necessário, normalmente na área da saúde, educação, transporte e outros. Conforme Fachin em seu

artigo “A função de prestação social dos direitos fundamentais tem grande relevância em sociedades”, o Estado do bem-estar social tem dificuldades para ser efetivo (FACHIN, 2018, p. 216).

Essa realidade faz com que milhões de pessoas fiquem à margem dos benefícios econômicos, sociais e culturais produzidos pela economia capitalista. Essa carência não permite a fruição do mínimo existencial. Já a função de proteção perante terceiros defende a ideia de que os direitos fundamentais das pessoas necessitam de todo tipo de cuidado e zelo, para que assim não sofram qualquer tipo de repressão e agressão, o que pode vir a acontecer em um cotidiano normal, são exemplos a privacidade, a vida etc.

Neste sentido Canotilho (2017, p.407) afirma que “Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais”. Observa-se que o doutrinador percebe um elo entre indivíduos, posto que, logicamente, eles interagem, com isto é aludida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nela o Estado atua como protetor dos direitos sociais, e com isto atende a sua função.

A presente função de não discriminação trata de todos os direitos fundamentais, desde os direitos civis até os culturais, pois, como a própria denominação induz, ninguém poderá ser privado de qualquer tipo de direito fundamental. Nesse momento fica evidente a presença do princípio da igualdade, como o que expressa a lição de Gomes Canotilho (2017, p. 407):

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.

Deste modo, percebe-se que a real função social é, também, impedir que ocorra distorção no âmbito jurídico por conta da utilização desenfreada do individual, afinal os direitos sociais e fundamentais brotam do bem-estar do coletivo. Então a função social torna-se um inibidor de deformações de ordem jurídica que resultam do uso sem restrição de um direito sob a ótica individualista. As consequências, então, da função social são a busca por um limite dos direitos subjetivos e a imposição de limites ao legislador na vinculação material dos direitos fundamentais, resguardando assim o funcionamento global da sociedade, reforçando o papel de integração da norma constitucional.

O doutrinador José Afonso da Silva conclui, ainda, como função geral dos direitos sociais, prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos de que se ligam aos direitos de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (CANOTILHO, 2017, p. 407).

2.1.3 O direito à saúde enquanto direito social

Como já mencionado, o direito à saúde pertence aos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais). A Constituição de 1988 fez o que nenhuma Carta Magna brasileira havia feito: trouxe de modo expresso a saúde como interesse público. O art. 6º refere: “são direitos sociais

a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.” A atual CF instituiu um título para tratar da Ordem Social (Título VIII), que compreende os artigos que vão desde o 193 até o 232, e ainda fez uma subdivisão da seguridade social em normas referentes à previdência social, assistência social e saúde (BRASIL. 1988).

Conforme Wal Martins (2018, p.47-48), as normas aí descritas estão subordinadas ao exercício dos direitos sociais (artigo 6º), ao princípio da dignidade e ao respeito da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), ao princípio da universalidade de cobertura e atendimento (artigo 196), ao princípio da igualdade de serviços (artigo 196) e ao princípio democrático e descentralizado da gestão administrativa (artigos 194, inciso VII e 198, inciso I).

O direito à saúde é tratado, especificamente, nos artigos 196 a 200 da CF, e também nas Leis: 8.080/90 – veio para regulamentar o SUS (Sistema Único de Saúde) – e 8.142/90, que dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. O artigo 196 da CF diz:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Fica claro que a garantia de direito à saúde deve ser feita por intermédio de políticas públicas sociais e econômicas, criando aqui a já mencionada obrigação positiva do Estado. Mas, como pode ser observado no trecho de Wal Martins (2018, p.54):

O artigo 196 da CF, ao dispor que à saúde é dever do Estado, prevê a sua execução como serviço público, sendo as ações para sua implementação consideradas pelo artigo 197 como de relevância pública, ou seja, de extrema importância, pois trata-se de serviço de interesse público.

Não cabe no presente trabalho dissertar sobre a descentralização das prestações de serviços públicos por entes particulares, porém, desde já, se deixa clara sua existência. Mas o que fazer quando o Estado não cumpre com sua obrigação? Neste caso existe a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar o direito à saúde de modo independente de mediação legislativa, porém, ocorre um forte embate com o descrito no artigo 196 da CF, posto que este deixa claro e denota a presente incumbência aos Órgãos executores de políticas públicas.

Como já mencionado, existem as normas programáticas, que não conferem ao cidadão a possibilidade subjetiva de requerer do Estado o fornecimento de remédios de alto custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Observa-se que a forma mais efetiva de otimizar a eficiência dos gastos públicos na área da saúde é ceder poder para que o Executivo decida questões nessa área, afinal, somente ele possui uma panorâmica dos recursos disponíveis e das deficiências que devem ser sanadas, isto de acordo com Luciano Tim (2017, p.57).

Neste sentido, Canotilho (apud SARLET, 2016, p. 299) ressalta que, embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos, poderão ensejar a indicação de uma prestação determinada, caso exista um instrumento eficiente para consecução daquele fim:

O Estado, os poderes públicos o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

Como é de conhecimento geral, o Estado não possui condições tanto de vigilância e prevenção quanto orçamentária para atender e prestar o devido atendimento a toda procura que cresce constantemente. Esse fator está sempre sendo mostrado pela mídia brasileira. Poranto, como mencionam Mônica Leal e Clarissa Leitão (2019, p. 21), a conhecida ineficiência do sistema público de saúde no Brasil, implementado a partir de um Sistema Único de Saúde, obriga o Judiciário pátrio, e com muita frequência a Corte Suprema brasileira, a ter de intervir, implementando a efetivação da prestação de serviços de saúde, intentando evitar a perda de vidas humanas e possibilitando uma existência digna aos cidadãos.

Esse fato evidencia as mazelas da realidade estatal brasileira, no que tange à efetivação do direito fundamental à saúde, bem como suscita o debate acerca da legitimidade do ativismo jurisdicional no sentido de efetivar suscitado direito. Logicamente, as prestações devidas acabam por não serem executadas por inúmeros motivos, então, como é de interesse de quem está na presente situação, o cidadão ingressa com ações judiciais de obrigação de fazer contra o Estado, ente federativo ou município, através do Poder Judiciário, com o intuito que esse o obrigue a execução e realização do pedido.

As presentes decisões determinam, em sua maioria, o fornecimento gratuito de medicamentos, tratamentos, cirurgias, dentre outros, o que gera um rombo no orçamento já predestinado para o efetivo cumprimento da decisão judicial. Segundo Sarlet e Figueiredo (2017, p. 28), tal situação gera uma desordem na administração pública:

Não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo” de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos Órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira, visto que sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não⁵⁰ tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica.

Em face dessa procura e dano causado aos orçamentos, os entes estatais passaram a procurar uma “válvula de escape” para basear sua omissão e alegar o descumprimento das decisões judiciais, sem que isto viesse a favorecer o próprio Estado e, ao mesmo tempo, fosse capaz de resguardá-lo. Para Zanitelli, a solução mais plausível foi a incorporação e adoção do princípio da reserva do possível, que estabelece regulamentos para as ordens judiciais, obrigando assim ao jurista analisar mais a fundo suas decisões (ZANITELLI, 2019, p. 188).

2.2 Teoria da reserva do possível enquanto limitador do Estado

Falou-se pela primeira vez em “reserva do possível” no final do século XX, na Alemanha. Esta teoria foi desenvolvida com a finalidade de solucionar problemas com vagas em algumas uni-

versidades - caso BverfGE n.º 33, S. 333, no qual foi ajuizada ação, visando à obtenção de vagas em um curso superior (ALEMANHA, ART. 12§1º).

Tal pretensão estava baseada na Lei Fundamental, artigo 12, parágrafo 1º. Os economistas utilizam a expressão “Limite do Orçamento”, que tem o mesmo significado da reserva do possível: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral. Neste ponto, a reserva do possível *Der Vorbehalt des Möglichen* passou, conforme traz Canotilho (2017, p. 108), a ideia de que:

Os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Esta disponibilidade estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Essa ideia demonstra o pensamento tanto da jurisprudência alemã quanto da corrente doutrinária majoritária, posto que a Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha consagrou o entendimento no sentido que a prestação procurada deve corresponder ao que realmente pode ser exigido da sociedade, isto significa que se deve manter no limite do razoável, mesmo que o Estado possua condições orçamentárias de cumpri-la em sua totalidade.

No caso, a Corte alemã levou à apreciação a demanda judicial interposta por estudantes contra duas universidades que estabeleceram restrições ao acesso direto nos cursos de Medicina Humana (Medicina e Odontologia), nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis deveriam ser distribuídas na proporção de 60%, segundo o currículo do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavaria – ponto central do tema – estabeleceu limitações de vagas para algumas áreas do conhecimento (CANOTILHO, 2017, p. 108).

Com isso, a doutrina alemã defendia a tese de que não deveria ser imposto ao Estado o dever de empregar assistência social a alguém que possua maneira, forma e capacidade de consegui-la por si. E mesmo que não a possuísse, deveria o legislador ponderar, minimamente, sobre a referida decisão. O doutrinador Paulo Caliendo (2018, p.180) traz a ideia de que a reserva do possível pode ser entendida:

“Como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações.” Deste modo, se nota que a reserva do possível é um instituto que possui uma efetiva disponibilidade fática e jurídica de/para efetivação dos direitos fundamentais e de seus recursos materiais além de sua ligação umbilical com a distribuição de receitas e orçamentos.

Neste sentido, Schäfer (2015, p. 30) afirma: “A “reserva do possível” é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais.” Já Sarlet (2016, p.288) deixa mais claro ainda o posicionamento desse instituto – reserva do possível – dentro do sistema constitucional brasileiro quando diz:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias como garantia dos direitos fundamentais por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da inovação – observados sempre os

critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar núcleo essencial de outro direito fundamental.

Os autores supramencionados percebem, nesse instituto, um empasse, posto que existe um limite fático e jurídico que acaba por deparar-se com os direitos fundamentais, por exemplo: quanto menos recurso disponível, melhor deverá ser o destino do orçamento. Desta forma todos os mecanismos de gestão e administração de políticas públicas seriam aperfeiçoados e sanados inúmeros erros na esfera administrativa.

Limite ou Ordem Fática significa dizer que não se possuem os recursos necessários para o cumprimento da prestação, enquanto Limite ou Ordem Jurídica traz consigo as questões ligadas ao orçamento público. Ocorre que esse conceito acerca da “reserva do possível” recebe críticas, por exemplo, a de Vicente Barreto (*In SARLET*, 2016, p. 121), que diz:

[...]a ideia de reserva do possível está ancorada em “três falácias políticas” criadas pelo pensamento neoliberal: i) “os direitos sociais são direitos de segunda ordem”, ou seja, de segunda importância; ii) “os direitos sociais decorrem de economia forte”, o que excluiria os países de desenvolvimento tardio e iii) que “o custo é inerente a todos os direitos”, ou seja, negar a efetividade pelo argumento do custo é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Logicamente, a ausência total de recursos necessários para o atendimento e prestação de um direito acaba por impedir faticamente seu cumprimento e essa ausência de recurso deve ser provada, isto de acordo com Código de Processo Civil, artigo 333, inciso II⁶⁰, sob pena de ser acusado o administrador por essa responsabilidade.

A mestra Ana Carolina Olsen (2018, p.52) traz em sua tese de mestrado a noção de escassez e esclarece que essa é uma condição humana, não uma ideia natural, posto que seria impossível defender todas as necessidades das pessoas uniformemente, e então a reserva do possível deveria ser vista como uma condição da realidade, afinal, são ordenamentos de normas jurídicas que representam a realidade.

Neste ponto, devem ser consideradas duas situações: a) quem arcará com os gastos e b) quem estabelece as prioridades para a utilização. Logicamente, a primeira situação é facilmente resolvida, a própria sociedade efetuará o pagamento das presentes despesas através dos tributos e, dedutivamente, quando mais a população requerer assistência mais terá que dispor de contribuições (ZANITELI *In SARLET*; TIM, 2019, p.209-215).

Quanto à segunda, é função competente ao Poder Legislativo, posto que existe a discricionariedade do legislador, porém, quando isto não ocorre e as pessoas têm necessidade, podem – de acordo com Sarlet – requerer o cumprimento em Juízo, por se tratar de um direito subjetivo, “independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos.” (SARLET; TIM, 2019, p.27).

Não existe ainda um consenso no que tange à natureza jurídica da reserva do possível, podendo ser explicada como sendo uma doutrina, um princípio e até mesmo uma cláusula. Paulo Leivas é autor que considera a reserva do possível uma cláusula restritiva dos direitos fundamentais. A autora Fabiana Kelbert (2017, p.75) frisa:

Cumpra repisar que na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, os direitos sociais foram incluídos dentre os direitos fundamentais, que devem ser entendidos e promovidos por todos os poderes estatais. Mais do que uma tarefa a ser cumprida pelo Estado, a promoção de todos os direitos fundamentais encontra eco em um dos mais nobres fundamentos eleitos pelo legislador constituinte: a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, percebe-se que não se pode extrair um conceito de reserva do possível diretamente do direito constitucional brasileiro, sendo no Brasil apenas um limite fático e jurídico para a plena realização dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais. Porém, é uma faca de dois gumes, posto que pode servir também como proteção contra a efetividade mencionada. Neste sentido indica Olsen (2018, p. 209):

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos.

Deve ser lembrada a lição de José Reinaldo de Lima Lopes (2019, p.162), que afirma, falando a respeito do caráter econômico da teoria da reserva do possível: “Não se confunde com a impossibilidade empírica *tout court*, mas com a impossibilidade técnica ou com a escassez.”

2.2.1 Dimensões da Reserva do Possível

Como falado no tópico anterior, a presente teoria atua com um limite fático e jurídico, porém, será necessário explaná-los um pouco. A reserva do possível possui, segundo Kelbert (2017, p. 78), 03 (três) dimensões: a) Dimensão Fática: objeção da falta de recursos; b) Dimensão Jurídica: objeção da indisponibilidade de recursos; e c) Dimensão Negativa: Proteção contra o esvaziamento de outras prestações. A Dimensão Fática: objeção da falta de recursos vem sendo entendida como a ausência total de recursos, deste modo não efetivando a realização dos direitos prestacionais. Neste sentido aponta Caliendo (2019, p 204):

A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social. Pouco restando para questionamento. Cabe estabelecer que essa insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada.

Porém, vale ressaltar que a escassez de recursos não é o ponto principal, mas como e de que modo esses recursos são usados e distribuídos. Impossibilidade técnica existe, por exemplo, quando se requer a distribuição geral e gratuita de um medicamento ainda em fase experimental.

O remédio existe, mas não é produzido em escala industrial (está em fase experimental). Não é produzido porque não se sabe ainda os resultados de sua aplicação a todas as populações. Há escassez quando o nível de produção industrial, embora existente, não é suficiente para garantir a todos. Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas.

Conforme afirma Kelbert (2017, p.78), a ausência de recursos não se restringe aos econômicos, mas também aos recursos humanos ou qualquer outro recurso material, como falta de leitos,

médicos. O problema vai mais além do que realmente se imagina, criando assim as chamadas verbas vinculadas, as quais acabam por não serem usadas para seu destino originário, conforme finalidades previstas na CF. Isso pode ser observado no seguinte trecho, que Caliendo (2019, p. 204) usou ao analisar o Orçamento da União de 2006.

Assim, se fizermos uma breve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública, veremos que existe uma reserva do possível no Brasil que impede os gastos sociais que se chama dívida pública. Enquanto não houver solução para este problema não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo nos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo, mais de uma servidão iniciada há muito tempo, que impede o desenvolvimento nacional e social.

Como pode-se observar, essas considerações se ligam aos objetivos constitucionais arrecadação de recursos conduzida pelo Estado e aplicação. Então, percebe-se que a dimensão fática da reserva do possível só poderá ser utilizada pelo Estado quando comprovar que não possui meios de arcar com o ônus, em razão de já ter disponibilizado os recursos que possuía. Dever-se-á levar em conta a feliz análise de Pisarello, segundo o qual o argumento da falta de recursos e da reserva do possível não é considerado uma presunção absoluta ou um argumento livre de controle jurisdicional (PISARELLO, 2017, p. 96).

A Dimensão jurídica: objeção da indisponibilidade de recursos significa que existem recursos, porém, por motivo desconhecido, não são utilizados. Então conforme Sarlet, a reserva do possível, “em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da forma” (SARLET, 2016, p. 287). Com isto pode-se entender que a mera existência de recursos não permite que seja efetivado um direito fundamental social. Ainda seguindo a linha de pensamento de Sarlet (SARLET, 2016, p. 288), nota-se:

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como destinatário em geral) também deve ter capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de⁷⁶ dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.

Com isso, pode ser percebido que a impossibilidade jurídica pode estar vinculada ao orçamento já aprovado, que não pode ser alterado e nem remanejado. Pode-se vislumbrar outra característica da impossibilidade jurídica, que é a ausência de lei orçamentária que autoriza a realização dos gastos.

Neste caso, na colisão de direitos, deverá preponderar o valor mais fundamental. A concretização dos direitos sociais estará sempre ligada ao caráter de sua fundamentalidade para a realização de uma vida digna [...] Igualmente dever-se-á dar um peso relevante à observância do direito a um mínimo existencial, afastando-se, se necessário, o princípio da legalidade da despesa pública em prol de valores superiores (CALIENDO, 2019, p. 207).

No que tange ao Poder Judiciário, Kelbert (2017, p.83) defende a ideia de que o impacto orçamentário das atuações judiciais voltadas a assegurar a eficácia normativa dos direitos civis, políticos e sociais é algo iminente, posto que as necessidades e interesses sociais básicos são indisponíveis, por isto, não se pode deixar de cumpri-los, posto que seria uma ofensa constitucional.

Ante ao exposto, nota-se que nos pontos de vista atuais existe uma elevada clarificação dos Órgãos do Poder Judiciário no que tange aos direitos fundamentais. Passaram a perceber que não apenas devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas também exercer e requerer a sua aplicação, neste sentido é o entendimento de Kelbert (2017, p.84).

Sobre a Dimensão negativa: proteção contra o esvaziamento de outras prestações, antes de dar entrada ao tema em si, consta lembrar a ideia de Sarlet (2016, p. 287-288): a reserva do possível possui várias dimensões, incluindo uma negativa, e diante dos aspectos demonstrados pode-se perceber que o presente instituto não trata somente da questão de disponibilidade de recursos.

A noção de reserva do possível e dimensão negativa se relaciona – conforme apresenta Kelbert (2017, p.83):

Com a noção de escassez de recursos para o atendimento de todos os direitos prestacionais positivados e/ou exigidos, mas num sentido inverso: partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento a satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação.

Exemplo disso seria a prestação imensamente onerosa que viesse a esgotar todos os demais recursos; ela seria impedida então para que desse modo os demais requerimentos pudessem ser analisados e aceitos. Ressalta que essa dimensão prima pelo social coletivo e não pelo individual, ou seja, se for necessário retirar a prestação de uma pessoa para satisfazer as demais, ele o fará.

2.2.2 Teoria do mínimo existencial e suas repercussões no Direito brasileiro

Igualmente como a reserva do possível, a teoria do mínimo existencial teve sua origem na Alemanha e ganhou repercussão a partir da segunda metade do século XX. Ela compreende a ideia de que, para o ser humano ter uma vida digna, ele deve receber, em sua totalidade, o conjunto de prestações materiais indispensáveis. Para Sarlet, tal teoria constitui a essência dos direitos fundamentais sociais diante da intervenção por parte do Estado e da sociedade:

Ganha relevo a necessidade de efetivação do mínimo existencial em atenção às circunstâncias concretas do indivíduo que requer a tutela, num sentido de que a garantia resguarda o direito de ser tratado como igual, e não propriamente o direito de ser tratado como igual, e não propriamente o direito a prestações iguais, cabendo ponderações, conforme a hipótese de fato. Ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento, não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos. A concepção de igualdade substancial (inclusive no que diz com a observância das diferenças), designadamente num contexto constitucional e social de um país que, como o Brasil, luta por uma distribuição mais justa da riqueza, a restrição à gratuidade das prestações.(SARLET; FIGUEIREDO, 2017, p. 42).

Gandini considera que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano tem direito ao

mínimo existencial, o que significa direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a de ter saúde (GANDINO; BARIONE; SOUZA, 2018).

Sarlet (2016, p. 309) ainda fala sobre a existência de uma dupla dimensão do mínimo existencial, uma seria a dimensão negativa, que comporta a proteção contra intervenções do Estado e de particulares; e outra a dimensão positiva, que abrange o direito a prestações. Conforme entendimento da autora, o mínimo existencial encontra-se na dependência de uma gama de fatores e componentes que podem estar ligados às condições individuais, mas também a circunstâncias socioeconômicas e culturais, de modo que não pode ser resumido em uma fórmula.

No entanto, pode-se afirmar que os direitos vinculados ao mínimo existencial constituem direitos subjetivos definitivos, o que não significa que tais direitos sejam absolutos, ou seja, poderão mesmo sofrer alguma restrição, inclusive em virtude dos limites impostos pela reserva do possível (SARLET, 2106, p. 321).

O doutrinador Sarmiento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 579) conclui ainda que “não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível”. Conforme Bittencourt Neto (2019, p. 179), o mínimo existencial tem por consequência: “a eficácia plena de posições ativas decorrentes dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais que dependam de intermediação legislativa, quando estiverem em jogo as condições necessárias de uma existência digna.” E ainda defende que a proteção do mínimo existencial escapa ao condicionamento imposto pela reserva do econômica e financeiramente possível.

Isso para que possa afirmar o seguinte: quando se cuidar de garantir prestações minimamente necessárias para uma existência digna – e somente nestes casos – poderá o Poder Judiciário determinar uma solução que preserve a dignidade da pessoa humana, podendo até mesmo fazer escolhas políticas, as quais cabem prioritariamente ao legislador.

Pode ser observado que o autor mencionado trata o mínimo existencial como uma espécie de direito sobre direitos. Na área da saúde, Sarlet e Figueiredo (2017, p. 42-43) adotam a mesma linha de pensamento e ainda ressaltam a reserva do possível:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Os autores, então, sugerem que seja feita uma espécie de redirecionamento de recursos disponíveis e disponibilizáveis. Para Kelbert (2018, p.105-106), embora não exista consenso doutrinário quanto à possibilidade de se restringir o mínimo existencial em face dos limites impostos pela reserva do possível, pode-se defender que esta não poderá ser alegada quando em causa a necessidade de preservar a vida e a dignidade da pessoa. Isso também pode ser defendido com apoio na dupla dimensão atribuída ao mínimo existencial.

Desse modo, a reserva do possível só poderá atuar como argumento válido quando restar efetivamente demonstrado pelos poderes públicos que eventual restrição a direitos sociais foi o resulta-

do de um exercício de ponderação entre princípios conflitantes, atendidos os requisitos da proporcionalidade e preservado o conteúdo mínimo existencial necessário para a garantia de uma vida digna.

Faz-se interessante e necessário uma breve diferenciação entre mínimo existencial e direitos econômicos e sociais. De acordo com Ricardo Torres (2017, p.73-74), os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante.

As prestações positivas para a proteção desses direitos acarretam despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não contraprestacionais. Por isso, carecem de *status* constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos nem se imiscui com problemas econômicos conjunturais, assuntos reservados com exclusividade à lei orçamentária.

Com isto percebe-se que o intuito do mínimo existencial consiste em alcançar o bem-estar de todos, para, desse modo, assegurar a dignidade da pessoa humana, que é composta, dentre outras, pela garantia dos direitos individuais e pelo direito à mínima condição material de existência. Para Kelbert (2018, p. 98), quando se estabelecer o mínimo existencial, se cria, ao mesmo tempo, a prioridade dos gastos públicos. Atingidos os recursos necessários para a concretização de uma vida digna, será possível cogitar o que fazer com os recursos remanescentes. Deste modo, o mínimo existencial pode se correlacionar de modo harmônico com a reserva do possível, afinal, ambos abrangem orçamentos.

2.2.3 Previsão orçamentária enquanto limitador das demandas na área da saúde

A saúde é direito social, e por tal motivo deve ser implementada por meio de políticas públicas. Como tudo requer verbas, ela é dependente de recursos orçamentários. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a obrigação estatal de prover o direito à saúde e também regulamentou suas fontes de custeio (MARTINS, 2018, p. 46).

A Emenda Constitucional nº 29/2000 foi desenvolvida com o intuito de normatizar uma estrutura mínima do financiamento da saúde. Já o artigo 198, parágrafo primeiro, da CF/88, prevê que a saúde será financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 2000).

Como é possível perceber, todos os entes federativos, sem exceção, contribuem para o financiamento da saúde. No parágrafo segundo do art. 198 foi fixado sobre quais impostos deve sair o custeio da saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos

impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3 (BRASIL, 1988).

O referido artigo, em seu parágrafo terceiro, define como serão reavaliados os percentuais aplicados na presente área, além de como será feita a divisão entre os entes federados. Seu intuito é a redução das desigualdades regionais, a implementação de novas normas de fiscalização, além de controle dos gastos nas diferentes esferas.

Deve ser mencionado que o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) apresenta, em seu artigo 77, a porcentagem dos recursos mínimos que devem ser destinados à saúde pelos entes federativos, e ainda menciona que União deverá ter seu percentual a partir de seu PIB anual. Porém, os Estados e o Distrito Federal devem destinar 12% de seus recursos próprios para a área da saúde, enquanto os Municípios, também com seus recursos próprios, 15% (RAEFFRAY, 2018, p. 158).

O legislador, já pensando em prevenir possíveis faltas de recursos, prevê no art. 4º da Lei nº 8.142/90 a existência de Fundo de Saúde e de um Conselho de Saúde para cada Estado, Município e para o Distrito Federal:

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com: I - Fundo de Saúde; II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990; 99 III - plano de saúde. O que são os fundos de Saúde? Eles estão conceituados como órgãos criados unicamente para receber recursos destinados à área da saúde, de todos os entes federativos, está sob a vigilância dos Conselhos da Saúde. (BRASIL, 1990).

Mas como é de cunho inicial desse estudo, percebe-se que os recursos estatais não apresentam capacidade plena para arcar com todos os gastos, tornando-se, assim, escassos. Deste modo, o Estado alega que não possui a possibilidade de executar, em sua plenitude, as políticas públicas de concretização dos direitos sociais, baseando-se na “reserva do possível”, isso de acordo com Machado, que ainda faz questão de conceituar políticas públicas como sendo:

Um fenômeno vinculado ao interesse público, de natureza político jurídica, elaborado, planejado ou executado pelo Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes, com vistas à concretização dos direitos fundamentais e à consolidação do Estado 101 Democrático de Direito.

Por se tratar de uma obrigação positiva do Estado, essa distribuição gratuita de medicamentos, e até mesmo em alguns casos de medicamentos, ocorre por intermédio do SUS, que tem por finalidade alcançar o acesso total (universalização) à saúde (MARTINS, 2018, p.117).

Deve ser levada em consideração a Portaria nº 3916/GM, de 30 de outubro de 1998, que compilou a responsabilidade dos entes federativos no âmbito do SUS de modo a garantir que seu objetivo seja aceito (BRASIL, 1998).

A busca pela vida digna da população é promovida por meio do SUS. Segundo Wall Martins (2018, p. 68), é possível contornar os empecilhos da reserva do possível. É assim como os Tribunais têm feito, obrigando o Poder Público a incluir no orçamento anual recursos que efetivem a concretização de tais direitos. Ainda neste sentido, tem-se o artigo 28, da Lei nº 11.439/06, em que é dito:

Art. 28. As dotações orçamentárias das autarquias e das fundações públicas, destinadas ao pagamento de débitos oriundos de decisões judiciais transitadas em julgado, aprovadas na Lei Orçamentária de 2007 e em seus créditos adicionais, incluídas as relativas a benefícios previdenciários de pequeno valor, deverão ser integralmente descentralizadas aos Tribunais que proferirem as decisões exequêndas, ressalvadas as hipóteses de causas processadas pela justiça comum estadual (BRASIL, 2006).

Clara Machado ainda ressalta que possibilitar a efetivação do acesso à saúde, por intermédio do SUS, é limitado, afinal lhe falta capacidade orçamentária e força coercitiva para obrigar que a saúde seja respeitada e efetivada, e é nessa hora que se faz necessária a atuação do Poder Judiciário, que obriga ao cumprimento da prestação positiva dos direitos fundamentais.

E como é de conhecimento geral, existe uma demanda crescente no judiciário pela efetivação de seus direitos, fazendo com que deste modo o poder judicial se torne uma “válvula de escape” para todos os cidadãos que necessitam de tratamento, e é desse modo que se cria a judicialização do acesso à saúde (KELBERT, 2017, p.99).

2.3 A inserção do poder judiciário no atendimento às demandas da saúde

A inserção do poder judiciário ocorre quando não existe o cumprimento dos preceitos e garantias constitucionais, ou até mesmo quando o poder competente não aplica ou cria condições para sua prestação. Nesse modo, Luís Roberto Barroso, explica:

Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo – impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

O Poder Judiciário acaba por intervir no campo dos direitos sociais quando estes não são cumpridos. O artigo 196 da Constituição Federal não traz a definição de norma autoaplicável, mas a de norma programática. Logo, o Constituinte delegou ao intérprete a missão de revelá-la, em termos qualitativos e quantitativos, no mundo dos fatos, conforme as novas verdades sociais (PEREIRA NETO In BARROSO, 2018). A esse respeito, podem ser levadas em consideração as palavras da Ministra Carmem Lúcia: “Assim é porque o dispositivo não diz que o direito à saúde é garantido nos termos da lei ou nos termos das políticas sociais e econômicas. Diz, sim, que o direito à saúde é garantido, mediante políticas sociais e econômicas” (BRASIL, 2010).

Sendo assim, o artigo 196, da Constituição Federal deve ser interpretado em conjunto com o artigo 8º, da Lei nº 8.080/90, o qual menciona que as ações e serviços de saúde serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Quando a intervenção do Judiciário, Barroso diz: “A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Para Sarlet e Figueiredo (2017, p.14), a judicialização crescente, no tocante à concretização do direito à saúde, vem exigindo uma atuação cada vez maior por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que necessita se manifestar em relação à alocação de recursos públicos, ao controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração, na esfera dos direitos fundamentais sociais e da própria garantia da proteção de direitos e deveres, nas relações entre particulares.

2.3.1 Teoria da separação dos poderes e sua leitura nos tempos atuais

A teoria da separação dos poderes não é um tema atual, na realidade Aristóteles (2002, p. 127) foi o primeiro a mencioná-lo em seu livro A “Política”. Para ele, existem três poderes. Esses poderes eram deliberados, a magistratura e o Judiciário. Com o passar do tempo, esse assunto foi falado e debatido por diferentes filósofos e historiadores, dentre os quais Montesquieu, que, em 1748, escreveu o livro “O Espírito das Lei”, no qual, segundo Bastos (2015, p.155):

Os poderes não devem ficar estanques com quiseram depois os burgueses, pois isto seria descabido, mas deveriam ficar bem separados, cada poder exerceria a sua função sem impor-se ao outro, isto evitaria que a mesma pessoa pudesse exercer ao mesmo tempo mais de uma das mais de uma das funções essenciais do Estado.

Mas apenas em 1789 a separação de poderes e a concretização do conceito de direitos fundamentais começaram a participar das Constituições, com a finalidade de alcançar a liberdade política e social dos indivíduos (CANOTILHO 2016, p. 56). A separação dos poderes surgiu como uma esperança no mundo moderno liberal, a ponto de ser referida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que, em seu artigo 16, refere:

A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹¹⁶ No Brasil, só ficou clara a existência da separação dos poderes na Constituição de 1824, na qual havia uma separação quatripartites dos poderes, posto que o país constituía-se em Império.

Nesses termos traz Bastos (2015, p. 199):

O modelo adotado na Constituição imperial tem explicitamente a intenção de fortalecer o monarca, mas sob uma cortina descentralizada do poder. Os quatro poderes eram o legislativo, o judiciário, o executivo e o poder moderador, estes dois exercidos pelo monarca, sendo ainda que este último deveria ser um poder “neutro”, pois através dele o monarca poderia corrigir a atuação desmedida dos outros três poderes, ficando na verdade acima destes, o que em suma, delegava, se utilizado de maneira errada, um poder absoluto ao monarca.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um dos textos fundamentais voltados pela Assembleia Nacional Constituinte, formada em decorrência da reunião dos Estados Gerais. Foi extraída e inspirada na declaração da independência americana (1776) em conjunto com o espírito filosófico do século XVII. Ela delimita o fim do Antigo Regime e o início do Estado Liberal.

Mas, em 1891, na primeira Constituição Republicana do Brasil, a tripartição dos poderes foi adotada, e deste modo permanece até hoje. Quando se fala em separação dos poderes, deve-se sempre pensar que sua finalidade, além de descentralização, é a de interdependência entre os três poderes, em busca da efetividade dos direitos fundamentais (BASTOS, 2015, p. 200). No que tange à área da saúde e sob o ponto de vista federativo, Barroso trouxe:

[...] a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde con-
correntemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União
cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legis-
lação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local,
podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e
II). No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar po-
líticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados
e aos Municípios (art. 23, II).

Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saú-
de. Quando não existe o cumprimento dos direitos sociais, pode o judiciário intervir, com a finalidade
de garantir a realização do que está previsto na Constituição, podendo obrigar o Estado a realizar a
efetivação do que ele próprio previu. Pierobon (2017, p. 6) ressalta:

Não há que se falar, nos casos que tratem de direitos fundamentais, em agressão ao princípio
da separação de poderes, mas sim, de atenção aos princípios da aplicabilidade imediata e
da efetividade, que são inerentes aos direitos fundamentais, bem como ao da dignidade da
pessoa humana que é fundamento da república Federativa do Brasil (art.1º, III).

De qualquer modo, pode-se concluir com uma frase de Montesquieu, utilizada para aludir à
separação dos poderes: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais
ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resolu-
ções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU apud
MENDES et al., 2012, p. 94).

2.3.2 O ativismo judicial e sua inserção em discussões de grande repercussão social

Antes de adentrar no tema em si, faz-se extremamente necessária uma breve distinção entre
Judicialização e Ativismo Judicial. Para Barroso (2017, p. 15):

A judicialização significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social es-
tão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradi-
cionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Pre-
sidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo,
a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações
significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O
fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras
estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

O referido autor ainda lança a sua vasta gama de conhecimentos para apresentar as distinções
entre judicialização e o ativismo judicial. Menciona que existem determinadas semelhanças também

entre eles. A judicialização, no contexto brasileiro, decorreu do modelo constitucional adotado, ou seja, não é um exercício deliberado de vontade política, e quando isto acontece e o Judiciário decide, posto que era isto mesmo que deveria ser feito, não existindo a possibilidade de escolha.

Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe ela conhecer, decidindo a matéria, enquanto o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ainda ressaltou que geralmente ocorre o ativismo em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

No mesmo artigo supramencionado, Barroso (2017) ainda faz questão de frisar que a ideia de ativismo judicial é correlacionada com a participação mais forte do Judiciário para concretizar valores e fins constitucionais, mesmo que para isso acabe por interferir nos outros dois Poderes.

E ainda menciona:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Mattos e Souza dizem que, com o passar dos tempos, uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade vem se alastrando no âmbito do Legislativo, dando espaço ao crescimento exagerado do Judiciário. Isso ocorre porque os demais poderes não estão cumprindo adequadamente com suas obrigações. Neste caso, apenas o Judiciário tem poder coercitivo para obrigar o Estado a cumprir com o que é prescrito pela Constituição Federal de 1988. Neste mesmo sentido, os autores apresentam os seguintes argumentos:

[...] o Poder Judiciário, no afã de tutelar e garantir o direito à saúde extrapola suas funções constitucionais e desequilibra todo um sistema de prestação destes serviços, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados que logram êxito em suas medidas de urgência em detrimento dos demais cidadãos que não se socorrem da intervenção jurisdicional. E se por um lado proliferam decisões condenando o Estado ao custeio de tratamentos e medicamentos de eficácia não comprovada, ainda não há uniformidade sobre quais das esferas públicas devem ocupar o polo passivo desta natureza de ação: a União, o Estado ou o Município, dentre outros pontos controvertidos que sobressaem nas causas desta natureza.¹²⁰

Para Barroso (2017, p. 9):

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças Estadual e Federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Ainda dentro do tema ativismo judicial, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem muitas vezes esse tipo de imperatividade em suas decisões. Um exemplo claro é a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3510128, que tratou da Lei de Biossegurança, Pesquisas com Células Tronco Embrionárias. Durante análise dos votos, pôde ser percebido por Nunes e Melo o seguinte:

Portanto, percebe-se sim na decisão o fenômeno do ativismo judicial, pois, o Judiciário se ocupou de uma matéria que seria – ou pelo menos deveria ser – de competência do Congresso Nacional. Contudo, creio que esse protagonismo do Judiciário, com as devidas ressalvas é claro, tem sido mais salutar para fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Deste modo percebemos que o ativismo judicial se encontra cada dia mais presente nas decisões onde o Judiciário tenha de se impor no lugar de outro Poder, seja ele Legislativo ou Executivo.

2.3.3 A reserva do possível e sua aplicação em casos relacionados ao direito à saúde no STF

A ideia de reserva do possível vem sendo abordada pelo STF sob determinados aspectos que devem ser analisados. Segundo Kelbert (2017, p. 106), o primeiro aspecto que deve ser analisado foi consignado na decisão da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 do Distrito Federal:

[...] trata da reserva do possível partindo da premissa segundo a qual os direitos sociais só podem ser concretizados na medida em que haja verba suficiente e que o destinatário da obrigação prestacional possa dispor dessa verba. Além desses fatores, que o eminente Relator da decisão entendeu cumulativos, a prestação exigida deverá ser razoável. Esse julgamento tornou-se paradigmático na questão da reserva do possível [...]

A decisão mencionada foi impetrada pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) frente ao veto do Presidente da República ao parágrafo 2º do artigo 55 (após foi numerado como 59), de proposição legislativa, que passou a ser a Lei 10.707/03, que se destinava à elaboração da lei orçamentária anual. O dito parágrafo dizia:

§ 2º Para efeito do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. (KELBERT, 2017, p. 106).

Ainda segundo Kelbert (2017, p. 107), o autor da ação constitucional sustentou que o veto presidencial importaria em desrespeito do preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº29, que foi promulgada para garantir recursos financeiros, mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. A decisão foi a seguinte:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Fede-

ral. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da inatingibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial.

A presente decisão diante das anteriores veio abrir uma gama de novos aspectos, conforme Daniel Wang frisou. Uma das mudanças tange aos recursos limitados e ao caráter relativo do direito à saúde, porém ainda é forma de controle abstrato de preceito fundamental e acaba por não definir critérios precisos que poderiam vir a servir como base para a administração, o Poder Judiciário e os cidadãos. Ressaltou ainda que a ação foi julgada prejudicada, afinal, o Presidente enviou novo projeto ao Congresso (Lei nº 10.777/03). Diante desse fato, o Ministro Celso de Mello observou:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: [...]

Wang ressalta que a decisão ficaria restrita à questão da perda do objeto (sem análise do mérito), porém o Ministro aplicou uma argumentação que inovou a já consolidada jurisprudência do STF sobre matéria. Fundamentos utilizados acerca da reserva do possível, por Celso Mello:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (KELBERT, 2017, p. 106).

Kelbert (2017, p. 106), ao explicar a presente passagem dessa decisão, elucida que o Relator afirmou a efetivação dos direitos prestacionais mediante a existência de verbas e possibilidades orçamentárias do Estado, ou seja, se observa a dimensão fática da reserva do possível, e o segundo a dimensão jurídica, mesmo não tendo o desenvolvido.

A autora supra também dá ênfase ao fato de o Ministro não aceitar a mera alegação de reserva do possível. A teor do que se lê:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser

invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (KELBERT, 2017, p.109).

Logicamente, ao analisar o trecho do Relator, observa-se a ausência de efetividade dos direitos sociais. O Ministro seguiu fundamentando sua decisão e enumerou o que ele próprio denominou “condicionamento da reserva do possível”.

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível” ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

De acordo com Wang, “ainda é preciso que a jurisprudência do STF defina o que é um pedido razoável e o que se entende por disponibilidade financeira”, e ainda salienta que essa ainda é a única decisão do STF que trata do tema reserva do possível com tantos detalhes.

George Marmelstein (2018) fala que, apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o tema tratado neste trabalho traz consigo inúmeros contrapontos, jurisprudências variadas e dificuldades, posto que a defesa do direito à saúde invoca vários argumentos. Ao mesmo tempo, deve ser levado em conta que não cabe à esfera judicial criar e implementar políticas públicas, razão pela qual alguns juristas defendem a ideia de que se deve deferir os pedidos mais simples, para que deste modo não haja interferência demasiada sobre os outros poderes; porém, existem casos que devem ser observados com mais afincamento, como os de urgência.

Nestes, os Tribunais acabam por intervir nos demais poderes, para que a União, Estados e Municípios cumpram com o exigido, independentemente de quem o requeira, de modo que o medicamento ou tratamento seja disponibilizado pelo ente mais rápido sem levar em consideração sua capacidade de arcar com tal. Ante tudo o que foi exposto, é possível chegar a determinadas conclusões parciais, tais como: os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, asseguram as prestações positivas em face do Estado. Para este não efetuar o real cumprimento obrigacional não pode somente alegar a teoria da reserva do possível, mas deve provar que não possui meios de efetivar tais obrigações.

Então, pode-se observar que os direitos sociais assumem, também, o caráter de normas principiológicas, ou seja, possuem a característica de determinar que o direito seja exercido dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. De modo que esses direitos são, sem sombra de dúvida, totalmente justificáveis, e cabe ao Judiciário sanar e corrigir qualquer tipo de falha dos demais poderes, sem que isto configure invasão de competências. Observou-se, também, que a não concretização plena dos direitos sociais também se relaciona à escassez de recursos.

No que tange à reserva do possível, pode-se concluir que se pode extraí-la de dentro do ordenamento constitucional brasileiro, porém é utilizada como arguição válida, por configurar um limite real ou condição de realidade. Entretanto, só poderá ser aceita como argumento excepcional, ou seja, quando o Estado comprovar que empregou todos os recursos possíveis para que deste modo possa alegá-la de modo a representar a escassez de recursos. Acerca das decisões fundadas na reserva do possível, observa-se que ficam sujeitas ao exame de proporcionalidade, sob pena de violação injustificada a direito fundamental.

Notou-se, também, que, quando os direitos sociais não são cumpridos pelo Poder Executivo, o Poder Judiciário acabará por intervir, desde que seja provocado pela parte autora. Observou-se que não há existência de agressão ao princípio da separação de poderes, mas apenas a observância aos princípios da aplicabilidade imediata e da efetividade (esses princípios não inclusos nos direitos fundamentais). Pode-se ver, portanto, um real “ativismo judicial” nas decisões do STF e que este, mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tem compelido o Estado a concretizar o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental, art. 12, § 1º: todos os alemães têm o direito de eleger livremente sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação.

ANDRADE, Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2018.

ARISTÓTELES. *A Política*. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro.

BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 19 jul. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2017. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br. Acesso em: 19 jul. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História Constitucional do Brasil*. 4.ed. Brasília: OAB Editora, 2015.

BRASIL. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº45. Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Publicada em 04/05/2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937).

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).

BRASIL. Lei n.º 6.229, de 17 de julho de 1975. *Organização do Sistema Nacional de Saúde*. Diário Oficial União. Revogada pela lei 8.080/90.

BRASIL. Lei n.º 11.439, de 29 de dezembro de 2006. *Trata a respeito das LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias)*. Artigo 28.

BRASIL. Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. *Participação da comunidade na gestão do SUS*. Artigo 4.º.

BRASIL. Min. Celso de Mello em STF, MS 22.164/SP. Decisão a respeito de Mandado de Segurança. Julgamento: 30/10/2019. Publicação: DJ 17-11-2019 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155. Ementa disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo53.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Parágrafo único renumerado para § 1.º pela Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.

BRASIL. Portaria n.º 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: www.anvisa.gov.br/legis/consolidada/portaria_3916_98.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Recurso Extraordinário. Processual Civil. Deferimento de Antecipação de Tutela. Incidência da Súmula 735 do Supremo Tribunal Federal. Recurso ao qual se nega seguimento. Publicado DJ, em 02 de agosto de 2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 19 jul. 2020.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019, p.204.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Orgs.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Livraria do Advogado, 2018, p. 180.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 108.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n.º 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 333, II: “Incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 jul. 2020.

DIAS, Hélio. *Anais da VIII Conferência Nacional de Saúde*. Saúde como direito de todos e dever do Estado. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v.3. 2020.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2018.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências*. BDJur, Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. 2018.

GOMES, Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 407-410.

KELBERT, Fabiana. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LEITÃO, Roberta Pereira. A Jurisdição Constitucional e a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde como Forma de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: contingências do Estado democrático de direito brasileiro. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Desafios e Perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2019.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

MACHADO, Clara Cardoso. *Propugnando um conceito jurídico-metodológico de políticas públicas para concretização de Direitos Fundamentais*.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Wall. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*.

Brasília Jurídica, 2012.

OLSEN, Ana Carolina. *Direitos fundamentais sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2018, p. 52.

PASOLD, Cezar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora; Editora Diploma Legal, 2013.

PEREIRA NETO, Cláudio. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2018.

PIEROBOM, Flávio. *(Re)Leitura da Separação de Poderes: uma análise em busca da efetividade constitucional*. 2017.

PIOVESAN, Flávia C. *Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 37, junho de 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013, p.44. PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2017

PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

RAEFFRAY, Ana Paula de. *Direito da Saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo. Quartier Latin, 2018. p 204.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Livraria do Advogado, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Livraria do Advogado, 2017.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). *Direitos Sociais*. Fundamentos Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma Proposta de Compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Gelson Amaro; MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo judicial e direito à saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos*. Disponível em: <http://inter temas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2396/1920>. Acesso em: 19 jun. 2020.

TIM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Livraria do Advogado, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (Org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Livraria do Advogado, 2017.

TRENTIN, Lorivan Antonio. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: www.sbdp.org.br. Acesso em: 20 jul. 2020.

ZANITELLI, Leonardo Martins. Custos ou Competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Livraria do advogado, 2019.

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 Jundi¹

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, através 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. Membro da *Asociación Latinoamericana de Derecho Médico*, capítulo Brasil, Rio Grande do Sul (ASOLADEME). E-mail: advocacia.eljundi@gmail.com.

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, quando apresenta sintomas e/ou sinais que lhe 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 (2014, In GHERSI; WEINGARTNER, p. 4):

A enfermidade, real ou imaginária, que angustia o enfermo é conseqüência 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 Medicina², 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, dando formas, o cirurgião plástico modifica, corrige, repara, melhora as formas do corpo humano. Tal espécie cirúrgica visa tratar doenças e deformidades (anatômicas, congênitas, degenerativas etc.), com o objetivo de uma qualidade de vida melhor ao paciente (BORGES, 2014, p. 123). Constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja física, psicológica ou social.

O cirurgião plástico lida com a insatisfação do paciente e, mais, com a expectativa que aquele paciente deposita na perícia do médico, uma vez que a cirurgia plástica tem um viés estético, pois, mesmo quando se tratar de uma cirurgia totalmente reparadora, uma das expectativas com aquele procedimento é a obtenção de um resultado mais agradável aos olhos, mais “bonito”, enfim, 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, ou seja, diz respeito ao bem-estar do indivíduo, a seu estado de saúde (BORGES, 2014, p. 151). Além disso, a estética está associada à satisfação com a vida e à percepção de segurança financeira (CAMPANA; FERREIRA; TAVARES, 2012, p. 113).

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 finalidade curativa; a segunda tem como finalidade o embelezamento. Entretanto, trata-se de divisão arbitrária, de finalidade meramente didática, posto que todo procedimento reparador (anatômico ou funcional) possui também uma finalidade estética; e todo procedimento cosmético visa à reparação de algo que produz incômodo, senão claramente anatômico ou funcional, ao menos psíquico. Nesse sentido, a cirurgia plástica possui viés, ao mesmo tempo, tanto morfológico quanto funcional (BORGES, 2014, p. 129).

De acordo com El Jundi (2017),

2 Resolução nº 1.621, de 2001. (A Cirurgia Plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente).

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.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Os fundamentos da responsabilidade civil são *conduta, nexa 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 (GONÇALVES, 2013, p. 24). O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, ou seja, é aquilo que conecta os dois, sendo que as excludentes do nexo de causalidade geram a interrupção ou obstrução do nexo. Já o dano é o prejuízo suportado por alguém, seja corpóreo ou incorpóreo³, o qual deve ser presente e efetivo, não cabendo reparação de dano hipotético ou eventual. Finalmente, o elemento culpa *stricto sensu* é o desrespeito a um dever preexistente relacionado com três modelos jurídicos: imperícia, negligência ou imprudência (TARTUCE, 2012, p.347)⁴.

A responsabilidade civil do cirurgião plástico é a aplicação de sanção indenizatória que obriga o médico a reparar o dano patrimonial e extrapatrimonial praticado contra seu paciente em razão de ato médico. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado, diferentemente do que ocorre na esfera penal (GONÇALVES, 2013, p. 18).

Salvo excepcionalidade, não é esperado que o médico venha a agir com dolo⁵, sendo necessário comprovar a conduta culposa do mesmo, a fim de que se lhe atribua a responsabilidade de reparar o dano causado, insculpida nos artigos 186, do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE E DE OBRIGAÇÕES

Na Responsabilidade Civil, 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 este 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 abarca os profissionais liberais em

3 Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

4 “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”. “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)”.

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

geral e os da saúde em particular. O profissional se obriga a utilizar todo o seu conhecimento e meios disponíveis para tratar o paciente, sem vincular-se à obtenção de um determinado resultado (p.ex. a cura), por entender-se que esse resultado é determinado por variáveis fora do alcance do profissional. Contribui Dantas (apud DADALTO; ROSENVALD; MENEZES, 2020, p. 110):

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 (GONÇALVES, 2013, p.13)⁶. A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais decorre da previsão expressa do artigo 14, § 4^o⁷, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 951⁸, do Código Civil (TARTUCE, 2012, p. 95). Nesse sentido, explica Gonçalves:

(...) 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 (GONÇALVES, 2013, p.27).

Diferente é a responsabilidade objetiva, a qual prescinde da verificação da culpa, com esteio na Teoria do Risco (do negócio), isto é, 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 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 objetiva⁹ do profissional da saúde (aquela da Teoria do Risco).

A responsabilidade do profissional da saúde, profissional liberal (TARTUCE, 2012, p. 95),

6 O artigo 186, do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo e a culpa *stricto*

7 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). 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. § 4^o A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante

8 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). 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,

9 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.”

sempre será subjetiva¹⁰ e não se modifica na dependência da obrigação estabelecida.¹¹ Entretanto, a cominação da obrigação de resultado dos procedimentos estéticos com a responsabilidade subjetiva do cirurgião plástico resulta naquilo que Cortés (2016, p. 150) denomina “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* (DOMINGOS DE MELLO, 2008, p. 102).

Na jurisprudência pátria, paradigmático o voto de Nancy Andrichi¹²:

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. Confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes: REsp 1.104.665/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 09.06.2009; e REsp 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 doutra 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* 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 presentes em qualquer outra atividade médica. Dentre estes, cabe destacar o ex-Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, que acaba por esposar a tese da “obrigação acentuada” ao afirmar que:

10 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). 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.

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

12 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 ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido.

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 (apud DOMINGOS DE MELLO, 2008, p. 122).

No mesmo sentido, Kfoury Neto (2010, p.240-241):

(...) 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 Jurisprudência¹³ 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.

Para o Conselho Federal de Medicina, atualmente, a intervenção em cirurgia plástica constitui ato médico cuja finalidade é trazer benefício à saúde do paciente, seja de ordem física, psicológica ou social. Portanto, contrasta com a corrente que considera a cirurgia plástica estética como espécie de obrigação de resultado por entender que, se o paciente é “saudável”, não iria se submeter a uma cirurgia embelezadora sem que lhe fossem prometidas garantias de um resultado satisfatório e condizente com sua expectativa (BORGES, 2014, p.174).

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), esta pode se transformar em uma obrigação de resultado, incorporando o

¹³ Apelação Cível Nº 70073889537, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/08/2017.

princípio da vinculação (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 228)¹⁴, conforme artigo 30¹⁵ do Código de Defesa do Consumidor.

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, e sem nele criar expectativas legítimas de determinados resultados, esclarecendo que tal medida é inatingível cientificamente, está assumindo obrigação de meio (BORGES, 2014, p.199). 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*.

Portanto, à diferença das obrigações de meios impostas aos demais profissionais médicos, a obrigação de resultado em procedimentos estéticos faz presumir a culpa do cirurgião. Ou seja, persiste a necessidade da verificação da culpa do profissional; todavia, se este 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 legível¹⁶, além de detalhados registros gráficos e fotográficos das condições prévias e da evolução pós-operatória do caso.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

É do conhecimento de todos os operadores do direito que, como regra, vigora em nosso ordenamento jurídico que o ônus da prova cabe ao autor, no que concerne aos fatos constitutivos de seu direito, incluindo a culpa do réu¹⁷. De outro lado, incumbe ao réu demonstrar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor¹⁸.

No entanto, em decorrência de uma possível falta de possibilidade de o paciente/autor provar suas alegações (hipossuficiência)¹⁹ em face da capacidade técnica e/ou econômica do médico/réu, a regra admite uma “flexibilização”, a fim de criar uma igualdade (material)²⁰, no plano jurídico.

14 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.

15 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.

16 Resolução nº 2.217, de 2018 (Código de Ética Médica). 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.

17 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Art. 373: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

18 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Art. 373: O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

19 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.

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

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 5, inciso XXXII²¹ e 170, inciso IV²², ambos da Constituição Federal de 1988.

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 985.888, o tribunal decidiu:

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 (eliminá-la) de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

Além disso, no REsp 236.708, o entendimento foi que “não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento 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 (2008)²³:

(...) 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 fortuito²⁴, força maior²⁵, ou quando não houver qualquer um dos pressupostos da responsabilidade civil (conduta, dano, nexo e culpa).²⁶ Em outros termos, como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacarem um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

21 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. 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.

22 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. 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.

23 “*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.*”

24 Eventos imprevisíveis.

25 Eventos/desastres da natureza.

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

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 (GAGLIANO, 2012, p. 315).

Independentemente da natureza da obrigação avençada, o fato de a responsabilidade civil ser aferida subjetivamente, na forma do mencionado art. 14, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, 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 (GAGLIANO, 2012, p. 309).

Entretanto, embora a responsabilidade civil do profissional médico permaneça subjetiva, o mesmo não acontece com o hospital ou clínica médica, prestadoras de serviço. Com efeito, por força da regra de responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no artigo 932, inciso III²⁷, do Código Civil, não há como deixar de aplicar o dispositivo para tais entidades. Registre-se, inclusive, que essa regra se aplica também a hospitais filantrópicos, pois a atividade com intuito assistencial não afasta a responsabilidade pelo dever geral de vigilância e eleição²⁸ que deve manter com seus profissionais (GAGLIANO, 2012, p. 316).

Nesse diapasão, se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade desta última deflui manifesta, também por força do artigo supracitado. Entretanto, dúvida pode haver quanto àqueles profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo. Ainda assim, entendemos 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 (GAGLIANO, 2012, p. 317).

6 O PERFIL DOS PACIENTES LITIGANTES

Os pacientes que litigam contra cirurgiões plásticos, 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.

Essas 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

27 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). 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.

28 A culpa *lato sensu*, quanto à sua presunção, divide-se em culpa *in vigilando* e culpa *in elegendo*.

cirurgião plástico por sua insatisfação. Como melhor define Dinwoodie (2014)²⁹ “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).

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” (BORGES, 2014 apud AVELAR, 2000, p. 213). 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 (2012, p. 93) 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 informação³⁰ (informação insuficiente ou inadequada sobre a utilização e os riscos do serviço)³¹. Acontece que o médico pode não ter fornecido a informação correta, ou fornecido de maneira insuficiente ou, até mesmo, fornecido a informação completa (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 (CAVALIERI, 2014, p. 318). Menezes (2012, p.144) 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”.

29 “*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*”.

30 Resolução nº 2.217, de 2018 (Código de Ética Médica). 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.

31 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.

Por essa razão, entende-se que o defeito na informação se faz acompanhar de uma violação no Direito de Autodeterminação³² 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 tem 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 em que 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 tem 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 (MENEZES, 2012, p. 144). Conforme contribui Pa-
redes Duque (2005, p. 160):³³

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 um 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(a) da ação? Considero que sim, mas se você falhou em 3 ou 5, o que acontecerá? (Tradução livre)

32 Resolução nº 2.217, de 2018 (Código de Ética Médica). 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.

33 “*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 en 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*”.

Por isso, além do prontuário bem-feito e a adoção correta de todas as técnicas³⁴, 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 (2014)³⁵:

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 a 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 (EL-JUNDI, 2017).

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 Técnico³⁶. Foi realizada uma leitura aprofundada das petições iniciais e de todos os documentos que as compõem, bem como das contestações de todas as ações 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 inicial, com apenas 10 casos, foram coletadas 28 variáveis, posteriormente reduzidas a 14 em razão da ausência de informações relevantes ou da possibilidade de derivar

34 Resolução nº 2.217, de 2018 (Código de Ética Médica). 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.

35 “*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*”.

36 Sami A. R. J. El Jundi, médico, inscrito no CRM/RS sob Nº 23935, especialista em Clínica Médica (RQE 16346), especialista em Medicina Legal e Perícia Médica (RQE 35128), Mestre em Medicina Forense pela *Universitat de Valencia* (Espanha) e especialista em Direito Médico pela ESJV/RS. *Curriculum vitae* disponível em <http://lattes.cnpq.br/7494905972127066>.

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. Finalmente, alguns dados referentes a 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.

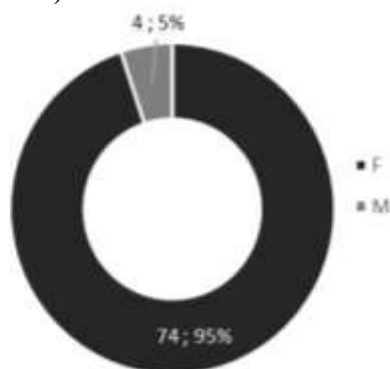
Finalmente, a avaliação global dos resultados obtidos entre variáveis possibilitou identificar os perfis de maior prevalência entre os autores de litígios contra cirurgiões plásticos brasileiros. Os nomes dos demandantes e dos demandados foram mantidos em sigilo, assim como todas as demais informações sem interesse acadêmico ou que poderiam expor as identidades dos envolvidos, sendo o presente estudo realizado de acordo com a Resolução 196/96 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 (Gráfico 1). 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 (Gráfico 2).

Gráfico 1 – Ações analisadas por sexo do paciente

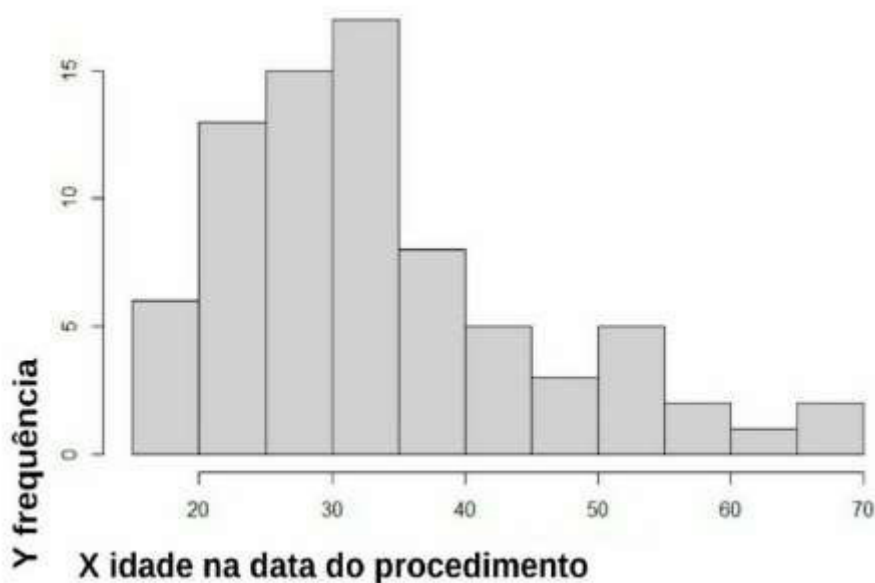
Sexo (% e #)



Fonte: Elaborado pela autora.

Gráfico 2 – Idade na data do procedimento

Idade na data do procedimento



Fonte: Elaborado pela autora.

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 distribuído conforme Tabela 1. 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 analisamos em separado somente os casos com informações disponíveis sobre nível educacional (n = 26), podemos 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 1 – Perfil educacional dos autores

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
Total Geral	100%	78,00

Fonte: Elaborada pela autora.

Quanto ao trabalho ou 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, verificamos 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 IBGE³⁷. A distribuição está exposta na Tabela 2, em que 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%).

Tabela 2 – Nível socioeconômico de cada autor classificado conforme critérios de classe social por faixas de salário-mínimo do IBGE

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

Fonte: Elaborada pela autora.

Com relação à fonte do custeio do procedimento, verificamos que em somente 44 (56,4%) dos casos essa informação estava disponível. Desses, 20 (25,6% do total) o autor declarou ter realizado uma poupança somente com essa finalidade, em outros 6 casos (7,7% do total) o autor dispôs de recursos próprios sem aparente necessidade de fazer reserva, e outros 6 (7,7% do total) foram subsidiados por companheiro, plano de saúde em 4 (5,1%), plano de saúde com complementação com recursos próprios em 3 casos (3,8%), empréstimo bancário foi a opção de 2 (2,6%), empréstimo de terceiros para 2 (2,6%) e um através de seguro por acidente de trabalho (1,3%). A distribuição de custeio do procedimento é aquela expressa na Tabela 3.

Tabela 3 – Distribuição de 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

³⁷ 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.

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
Total Geral	100%	78

Fonte: Elaborada pela autora.

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

Tabela 4 – Houve complicações pós-procedimento?

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

Fonte: Elaborada pela autora.

Dos 19 casos (24,4% das complicações) em que estavam disponíveis informações sobre a fonte de custeio dessas despesas adicionais, verificamos que em 6 casos (31,6% das complicações) o autor dispôs de recursos próprios, em 3 casos os autores se endividaram com bancos ou financeiras (15,8%), dois (10,5%) foram subsidiados por companheiro, plano de saúde em outros 2 (10,5%), empréstimo bancário em 2 (10,5%) e empréstimo de terceiros para 3 (15,8%). Em somente um dos 19 casos (5,3%) com informações disponíveis, o autor informou possuir reserva financeira para o caso de haver complicações. A Tabela 5 demonstra a distribuição desses casos, sendo o custeio de complicações apresentado com relação ao total de complicações (n=44).

Tabela 5 – Demonstração dos casos com custeio de complicações

Custeio de complicações	%	#
Recursos próprios	31,6%	6
Empréstimo bancário	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
Total Geral	100%	19

Fonte: Elaborada pela autora.

Quando nos debruçamos sobre as motivações alegadas pelos autores para dar início à ação de reparação cível, observamos 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, extraímos os dados constantes da Tabela 6.

Tabela 6 - Motivações alegadas pelos autores para dar início à ação de reparação cível

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
Total Geral	100%	78

Fonte: Elaborada pela autora.

Por outro lado, quando analisamos 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 casos (27,3%), defeito na informação com infecção (hospitalar ou não) em 9 casos (20,4%), defeito na informação com erro médico em 6 (13,6%) e alegação isolada de erro médico em 3 casos (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%), defeito na informação em 13 (38,2%), erro médico em 4 (11,7%) e defeito na informação com erro médico em 1 caso (2,9%). Vide Tabelas 7 e 8.

Tabela 7 – Causas em 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
Total Geral	100%	44

Fonte: Elaborada pela autora.

Tabela 8 – Causas sem complicação

Causa (sem complicação)	%	#
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
Total Geral	100%	34

Fonte: Elaborada pela autora.

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 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 pelo 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 – Perdas secundárias alegadas nas exordiais

	Perdas Secundárias
1	Depressão; necessidade de benefício previdenciário
2	Depressão; afastamento do emprego; prejuízo na relação conjugal
3	Dor crônica
4	Depressão; redução da autoestima; perda do interesse sexual
5	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

Fonte: Elaborada pela autora.

Finalmente, observou-se que em 54 casos (72% do total) foi concedido ao autor o benefício da gratuidade da justiça (AJG), que isso 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 (In TEIXEIRA; DADALTO, 2013, p. 65),

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 Kfoury Neto (2010, p. 50):

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 farmacopeia 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, às quais não estão sujeitas ao controle humano e, menos ainda, aos *desejos* humanos. A perspectiva idealista (em sentido filosófico) possui dimensões diferentes nos universos humanos e naturais, sendo bastante mais reduzida neste do que naquele. O desejo, expectativa, intenção e objetivo pertencem ao universo do espírito humano e estão sujeitos a um sem-fim de mediações para se manifestarem no mundo natural (El JUNDI In TEIXEIRA; DADALTO, 2013).

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 (EL JUNDI, 2016). Por essa razão que a insatisfação com a própria imagem corporal pode se constituir importante 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, e isso exige tratamento psiquiátrico e não cirúrgico, mas em outros, a intervenção cirúrgica é a melhor abordagem (EL JUNDI, 2016).

Também contribui El Jundi (2019):

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 (2018):

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 a manipulações e procedimentos variam de sujeito para sujeito. O indivíduo que procura o cirurgião plástico pode até ir a 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, considerando-se, inclusive, a sua dimensão psicossocial, que pode estar tão afetada quanto a física (MENEZES, 2012, p. 93). Além de soar sábio que o profissional deve recusar pacientes que, aparentemente, estão contentes em acreditar no impossível, o cirurgião tem 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 (2012, p. 122). “A gestão e utilização da informação e do conhecimento constituem o cerne das atividades profissionais e do processo decisório na prática da saúde”. (MASSAD; MARIN; AZEVEDO NETO, 2003)

O paciente ou futuro paciente precisa ser orientado e devidamente esclarecido, e se este 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”³⁸.

Entende Cortés (2016, p. 150) 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 informação³⁹ 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 se o faria responsável exclusivo pelo resultado alcançado com a realização do ato médico, equiparando o dano indenizável com o resultado não desejado ou esperado (EL JUNDI, 2017).

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.

Conforme contribui El Jundi (2017), “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 de o 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 (WILLHELM, 2009, p. 38).

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

38 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 excluiria 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 (2012), “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”.

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

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 (2002) 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 ao paciente de caráter propriamente estético, 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 (GURGEL, 2018).

De acordo com alguns autores, a responsabilidade do cirurgião plástico deveria ser regida pelo Código Civil – ou por uma legislação ainda não existente, mais específica – e a da clínica, a do hospital, pelo Código do Consumidor. 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 (GURGEL, 2018).

Os dados aqui apresentados, além de corroborarem as perspectivas dos diferentes autores citados no que 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 quantos 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 a 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 os seus ganhos durante anos (ou pediu um empréstimo bancário) para se submeter a uma cirurgia plástica não espera nada menos que um resultado “perfeito”, a 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 cirurgiões 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 as 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 cirurgiões plásticos têm um papel mais ativo a cumprir na frustração das expectativas irreais, que se voltarão contra eles mesmos no futuro.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia Plástica: obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado*.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BORGES, Gustavo. *Erro Médico nas Cirurgias Plásticas*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015* (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990* (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas STJ*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf

CAMPANA, Angela Nogueira Neves Betanho; FERREIRA, Lucilene; TAVARES, Maria da Consolação Gomes Cunha Fernandes. *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, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de Direito Civil*.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.621/2001*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2001/1621>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018* (Código de Ética Médica). Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad Civil Médica*. 5.ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016.

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

DANTAS, Eduardo. La chirurgie plastique comme obligation de moyens. *Revue générale de droit médical*. n. 26. 2008. Disponível em: <http://www.eduardodantas.adv.br/Article5.pdf>

DINWOODIE, Mark. *Why patients sue...and how to try and avoid it*. Disponível em: <https://www.medicalprotection.org/ireland/casebook/casebook---may2014/why-patients-sue-and-how-to-try-and-avoid-it>

DOMINGOS DE MELO, Nehemias. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

EL JUNDI, Sami A. R. J. Cirugía Estética en cuanto a obligación de resultados y su tratamiento jurisprudencial en Brasil. In: *1^{er} Congreso Internacional de Derecho Medico*, Santo Domingo, República Dominicana, maio de 2019.

EL JUNDI, Sami A. R. J. *Parecer Médico Legal Preliminar*. Processo nº 2016.10.1.007092-0 (CNJ 0006950-67.2016.8.07.0010), 1ª Vara Cível de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2017.

EL JUNDI, Sami A. R. J. Uma perspectiva socioantropológica do novo Código de Ética Médica. In: TEIXEIRA, A. C. B.; DADALTO, L. (Org.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65-88.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 3. Responsabilidade Civil. 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODINHO, Adriano Marteleto et al. *Responsabilidade civil e medicina*. Joyceane Bezerra de Menezes, Luciana Dadalto, Nelson Rosenvald (Coord.) 9. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das obrigações - parte especial*, tomo II: Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GURGEL, Sergio. *Cirurgia plástica estética: obrigação de meios ou de resultado?* Canal Ciências Criminais. 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/cirurgia-plastica-estetica/>

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSAD, Eduardo; MARIN, Heimar de Fátima; AZEVEDO NETO, Raimundo Soares (Ed.). *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. Março 2003. Disponível em: <http://www.sbis.org.br/site/arquivos/prontuario.pdf>.

MENEZES, Jorge. *Manual de boas práticas em cirurgia plástica*. Rio de Janeiro: DOC, 2012.

MILMANIERE, José E. La persona y su conversión em paciente. El rol y la función del médico. In: GHERSI, Carlos A.; WEINGARTNER, Célia. *Tratado de derecho a la salud*, t. I.

PAREDES DUQUE, Jorge Eduardo. *Riesgos em cirurgia plástica y estética, análisis médico legal*. Cali: Artes Gráficas del Valle Ltda., 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2: Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

WILLHELM, Camila Neves. *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 ortotanásia como um instrumento para uma morte digna¹

Orthothanasia as an instrument for a dignified death

Beatriz Oliveira Carneiro

RESUMO

O presente artigo busca tratar do conceito de morte digna levando em conta o conceito da ortotanásia e a possibilidade de terminar a sua vida de forma tranquila, deixando a doença seguir seu curso natural. A fim de entender a ortotanásia como opção possível para exercer esse direito, analisaremos outros institutos, como a distanásia, eutanásia e suicídio assistido, bem como as diretivas antecipadas de vontade como forma de garantir que sua vontade seja respeitada.

Palavras-chave: Ortotanásia. Morte digna. Autonomia do paciente.

ABSTRACT

This article seeks to address the concept of dignified death, taking into account the concept of orthothanasia and the possibility of ending your life in a peaceful way, allowing the disease to take its natural course. In order to understand orthothanasia as a possible option to exercise this right, we will analyze other institutes such as dysthanasia, euthanasia and assisted suicide, as well as the advance directives of will as a way of ensuring that your will is respected.

Keywords: Orthothanasia. Worthy death. Patient autonomy.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Médico e Odontológico, pelo Curso de Direito Médico e Odontológico do Centro Universitário Unicambury em parceria com a Universidade Corporativa Anadem.

1 INTRODUÇÃO

Todas as pessoas têm direito a uma vida com dignidade, respeito, paz e tranquilidade, assim também deveria ser a morte de cada indivíduo. Todos devem ter o direito de decidir a melhor forma de encerrar o ciclo da vida, escolher o tipo de tratamento e a melhor maneira de lidar com essa questão. Deixar essa decisão nas mãos de terceiros, mesmo que seja um ente querido, pode não ser o ideal para todas as pessoas. O apego emocional e o peso das decisões tomadas por familiares podem fazer com que o indivíduo em situações de fragilidade física passe por um sofrimento desnecessário e muitas vezes contra a sua vontade.

Por essa razão é imprescindível que as pessoas que se encontram em estado terminal de alguma doença ou mesmo diante de um diagnóstico trágico possam escolher a forma como vão lidar com o fim de sua vida, a escolha do tratamento ou até mesmo optar por não realizar nenhum tratamento invasivo que lhes cause aflição.

Com a medicina em constante evolução, é possível manter um paciente em estado terminal de forma confortável sem intervir no curso natural da doença. Muitos tratamentos são tão agressivos que, em vez de melhorar a vida do paciente, causam um desconforto muito maior do que os próprios sintomas da doença.

O ser humano geralmente tem uma grande dificuldade em aceitar a morte e o fim da vida, por consequência acaba impondo uma “busca pela imortalidade” e a necessidade de postergar o fim da vida o máximo possível. E é em razão disso que esse assunto deve ser tratado, pois o paciente deve ter o direito de escolher se quer passar por tratamentos exaustivos, passar os últimos dias em hospitais ou aceitar o fato de que a enfermidade não tem cura e escolher ficar em casa e passar os últimos momentos com quem ama e em tranquilidade.

Serão abordados princípios envolvidos, a bioética, o conceito de ortotanásia e a diferença da eutanásia, que é uma prática não autorizada no Brasil. Serão analisadas as diretivas antecipadas de vontade e uma decisão recente sobre esse tema. A ortotanásia é um instrumento da bioética para proteger a autonomia do paciente, sua dignidade e suas vontades, assegurando-lhe cuidados paliativos para diminuir os sintomas da doença, mas deixando a doença seguir seu curso inevitável.

2 CONCEITUAÇÃO DE ORTOTANÁSIA

De acordo com o dicionário, ortotanásia significa morte natural. Juridicamente, ela realmente é isso, é permitir que a doença siga seu curso natural sem intervenção até chegar ao resultado inevitável, que seria a morte.

Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p.66) conceitua a ortotanásia da seguinte forma:

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto e correto) e *thantos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

É muito importante deixar claro que a ortotanásia não significa abandonar o paciente, “deixar morrer”. A ortotanásia tem o intuito de manter a dignidade do paciente, não fazer ele ultrapassar o seu limite. Muitas vezes o paciente já buscou todos os tratamentos possíveis, já tentou a cura, mas para sua doença não há uma cura. Então ele tem dois caminhos: aceitar seu destino e tentar ter uma vida junto com a doença até o dia fatal, ou continuar com tratamentos e intervenções para retardar o máximo possível a morte em decorrência da doença.

O Conselho Federal de Medicina, em sua resolução nº 1805/2006, trata sobre a ortotanásia:

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.

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. §1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Muitas pessoas confundem a ortotanásia com outras práticas, e isso gera um pré-conceito nas pessoas que não têm conhecimento na área, tirando a possibilidade do paciente de ter uma morte mais tranquila.

Existe uma grande diferença entre ortotanásia, eutanásia, distanásia e o suicídio assistido. O único instituto autorizado no Brasil é a ortotanásia.

O Código de Ética Médica lista inúmeras vedações aos profissionais. Em seu artigo 41 deixa claro que é vedado ao médico abreviar a vida do paciente:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

...

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.

...

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se

da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que o suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou à sua família, o médico não o abandonará por este ter doença crônica ou incurável e continuará a assisti-lo e a propiciar-lhe os cuidados necessários, inclusive os paliativos.

...

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. (grifo nosso)

Vejamos alguns outros institutos muito comuns:

Eutanásia – A eutanásia ocorre quando o paciente recebe um diagnóstico fatal, sem chance de cura, e solicita que um profissional de saúde antecipe a sua morte para que não passe por nenhum sofrimento e nenhuma sequela da doença.

Assim entende a autora Maria de Fátima Freire de Sá (2005):

O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, “morte apropriada”, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente direito de matar.

O profissional da saúde nesses casos irá atuar de forma a abreviar a dor do paciente, fornecer alívio e evitar que os sistemas da doença causem sofrimento ao paciente diagnosticado.

Distanásia – A distanásia é um adiamento da morte, é quando se utilizam aparelhos ou medicação para manter o paciente vivo a qualquer custo, mesmo que cause sofrimento. O custo é alto, pois a família geralmente precisa arcar com as despesas médicas que são muito altas nesses casos.

A Dra. Maria Helena Diniz (2006) entende que:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte. [...]

A distanásia não traz nenhum benefício ao paciente, pois não há possibilidade de cura, causa um sofrimento desnecessário, e se a prática for realizada sem o consentimento do paciente, fere seu direito à dignidade humana.

Suicídio assistido – O suicídio assistido ocorre quando o paciente manifesta a vontade de tirar sua própria vida após o diagnóstico e solicita auxílio a um terceiro. O profissional, nesses casos auxilia, com a prescrição de um medicamento letal ou de formas mais diretas, como a aplicação em clínicas especializadas nesse assunto fora do Brasil, como na Holanda, Suíça, Alemanha, entre outros.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A melhor forma de o paciente garantir que a sua opinião será considerada em um momento em que não estiver mais apto a manifestar sua vontade são as DAVS, em que é possível deixar clara sua vontade e estabelecer que tipo de tratamento de saúde vai querer ou até mesmo se não vai querer um tratamento.

O Conselho de Justiça Federal em seu enunciado nº 528 trata do tema:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Até hoje não há uma regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade e um regulamento acerca da conduta que o médico deve adotar. Em razão disso, o Conselho Federal de Medicina (CFM) trata do assunto em uma de suas resoluções nº 1.1995/2012. Ele define as diretivas antecipadas como desejos expressados previamente para que, no momento que estiver incapacitado, o médico ou os responsáveis legais tenham conhecimento.

O médico deve registrar em prontuário as diretivas antecipadas de vontade, caso ele tenha conhecimento, e essas diretivas devem prevalecer sobre qualquer opinião médica ou familiar. Caso alguma solicitação esteja em desacordo com o Código de Ética Médica, essas diretrizes não poderão ser levadas em consideração. O descumprimento de um testamento vital é uma conduta antiética, assim como omitir a existência dele.

O Testamento Vital é um documento escrito por uma pessoa capaz, lúcida, com suas faculdades mentais plenas, com o intuito de manifestar previamente seus desejos e vontades com relação a tratamentos a que deseja ser submetido ou que não queira, quando não puder mais manifestar sua vontade.

Os pacientes que fazem a escolha de não permitirem intervenções drásticas não podem ser deixados de lado, devem receber cuidados paliativos com o objetivo de diminuir seu sofrimento e tentar lhes dar uma qualidade de vida. Esse paciente não rejeita todos os cuidados médicos, ele apenas não deseja tratamentos que não trazem nenhuma cura de fato, apenas prolongam sua vida de forma dolorosa.

A validade do testamento se dá através de princípios constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia, tendo em vista que o seu objetivo é permitir que o paciente tenha o poder de escolher se aceita ou recusa tratamentos extraordinários em casos de doenças terminais.

Devemos lembrar que o Testamento Vital não serve apenas para deixar clara a recusa de tratamento, ele pode também exigir que sejam feitos todos os esforços e utilizados todos os tratamentos possíveis para a manutenção da vida do paciente.

Para elaborar um Testamento Vital, o indivíduo precisa definir quais tratamentos e intervenções deseja e quais não autoriza, mesmo que ainda não tenha sido diagnosticado com nenhuma doença. A nomeação de um procurador, ou responsável, é facultativa, mas, caso seja da vontade do

paciente, pode ser um familiar, um amigo ou até mesmo um advogado, devendo ser alguém que conheça as suas vontades para que possa manifestá-la no futuro.

O Registro em Cartório não é obrigatório, mas pode dar uma segurança jurídica ao documento, principalmente nos casos em que possa haver divergência entre os familiares. Existe hoje no Brasil uma plataforma on-line com o intuito de deixar armazenado o Testamento Vital, que pode ser acessado posteriormente pelo médico responsável ou um familiar que dele tenha conhecimento.

4 O PRINCIPALISMO BIOÉTICO

A Bioética vem com o intuito de solucionar questionamentos morais decorrentes de situações causadas pela ciência, como experimentos com seres vivos, eutanásia, ortotanásia, pesquisas genéticas etc. É um conjunto de princípios.

4.1 Princípio da não maleficência/beneficência

Como o próprio nome do princípio já diz, é sobre não causar dano ao paciente, não adotar nenhuma conduta que faça com que o paciente sofra desnecessariamente, não causar nenhum mal à saúde do paciente como a indicação errônea de tratamentos, por exemplo. Sempre buscar um tratamento, um procedimento, uma solução que faça mais bem do que mal à saúde do paciente levando em consideração todas as áreas da vida do ser humano, a saúde física, mental e social.

4.2 Princípio da autonomia

A autonomia aqui é a capacidade do indivíduo de manifestar suas vontades e escolhas de forma livre e sem influência de terceiros. É uma forma de expressar sua independência e viver com dignidade. Dessa forma o profissional da saúde tem a obrigação de respeitar as escolhas do paciente mesmo que não concorde, e o paciente, tendo manifestado sua vontade previamente e estando em situação de incapacidade, tem o dever ético de garantir que a vontade do paciente prevaleça sobre as opiniões de familiares.

Para o paciente exercer a sua autonomia de forma plena, ele precisa ter informação, precisa ter ciência das consequências das suas escolhas, dos tratamentos, de possíveis sequelas, da eficácia de remédios, para que saiba que caminho seguir. O profissional da saúde precisa garantir que nenhuma informação será omitida para que o paciente possa ter clareza no momento de manifestar sua vontade.

4.3 Princípio da justiça

É a garantia de que todas as pessoas tenham acesso ao serviço de saúde, mesmo que sejam de realidades sociais distintas. É a busca pela igualdade de tratamento e oportunidades para todos, conforme o art. 6º da Constituição Federal do País. A saúde é um direito, e qualquer pessoa que esti-

ver necessitando de ajuda médica tem o direito de receber um tratamento adequado, mesmo que não tenha condições financeiras de custeá-lo.

O profissional da saúde não pode omitir opções de tratamentos e todas as possibilidades de cura com base em preconceitos, distinção por raça, sexualidade, nacionalidade, gênero ou religião, todos têm direito à vida e à saúde de forma igualitária.

5 DIREITO À MORTE DIGNA

Uma morte digna é um assunto muito relativo, pois pode ter um significado para cada indivíduo. Depende da cultura, religião, idade, valores e outros fatores. Mas, no geral, a morte digna deve garantir que os princípios bióticos sejam aplicados e que não ocorra uma obstinação terapêutica caso não seja vontade do paciente.

A ortotanásia é dar ao paciente uma morte digna, tida como uma forma humanizada do processo de morrer. No Brasil, a dignidade no momento da morte está vinculada ao controle da dor e cuidados de saúde básicos.

Adriano Godinho Marteleto (2017, p. 149) afirma:

[...] o dever de curar abre espaço para a necessidade de cuidar do doente. É esse o sentido da morte digna: dedicar ao paciente os denominados cuidados paliativos, que lhe propiciam conforme e o alívio das suas dores e se seu sofrimento.

O indivíduo ter o direito de escolher a forma como deseja morrer, que tratamentos irá realizar ou recusar, onde passar a o fim da vida cria o conceito de morte digna.

6 DECISÃO RECENTE DO TJSP

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA.

Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1000938-13.2016.8.26.0100; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2019; Data de Registro: 11/04/2019)

Hoje há uma preocupação muito grande com os direitos serem respeitados. Muitas pessoas ingressam no judiciário temendo que, caso sejam acometidas de uma doença no futuro, não consigam expressar suas vontades.

Nesse caso, o autor tinha a intenção de estabelecer limites aos profissionais da saúde, caso ele tenha uma doença grave e limitante no futuro, para que não sejam utilizados mecanismos artificiais que prolonguem sua vida e, conseqüentemente, seu sofrimento. No entanto, o juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de interesse em agir com o seguinte fundamento:

Por se tratar o pedido de livre manifestação de vontade, inclusive reconhecido pelo ordenamento pátrio, inegável a carência da ação por falta de interesse de agir. (...) nada impede o emprego da via extrajudicial para a declaração de vontade. Vale dizer, a validade da manifestação volitiva prescinde da intervenção estatal. (...) Neste aspecto, saliento que os procedimentos de jurisdição voluntária, embora se caracterizem pela ausência de pretensão resistida, decorrem da exigência por lei de um ato do Estado, com o fim de que o negócio jurídico se realize ou complete. Não é a hipótese dos autos, uma vez que não há no ordenamento jurídico nenhuma necessidade de intervenção do Poder Judiciário na espécie.

A ortotanásia hoje já é um assunto pacificado diante do judiciário. O acórdão afirma que não é necessária uma decisão judicial para garantir o direito a uma morte tranquila, que um simples testamento vital que pode ser expressado em cartório extrajudicial garante essa manifestação e vontade que deve ser expressa de forma livre e consciente. Ou seja, não há um interesse processual no caso de uma simples ação declaratória sobre um assunto que já está consolidado. O acórdão ainda deixa claro que não cabe uma ação declaratória de cunho genérico e abstrato para declarar o direito à ortotanásia, não alterando então a sentença de primeiro grau.

Conforme já foi falado anteriormente, o enunciado 528 do CNJ afirma que é válido o testamento vital para deixar claras as questões de tratamento e saúde para o momento em que não estiver mais em condições de expressar sua vontade.

Resta claro então que a ortotanásia é um direito de escolha individual e que não é necessária uma decisão judicial para que seja respeitada. Infelizmente, muitos pacientes não têm a sua vontade respeitada quando estão fragilizados e impossibilitados, alguns responsáveis legais acabam levando em consideração as suas crenças e medos e tomando decisões que causem mais sofrimento do que benefício ao paciente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que todo ser humano tem direito a uma morte digna, tem direito a escolher de que forma vai passar o fim de sua vida, sem a obrigatoriedade de se sujeitar a uma sobrevida artificial a qualquer custo.

A partir do momento que encaramos a ortotanásia como uma suspensão de recursos médicos desnecessários que não melhoram a vida do paciente, mas que apenas prolongam o sofrimento e adiam sua morte, é mais fácil encarar esse tema tão complexo e que gera aflição em muitas pessoas.

No Brasil, a morte é uma temática pouco discutida na sociedade, é um assunto que deve ser evitado, que traz sofrimento e tristeza. Quando deixamos o lado emocional de lado e pensamos racionalmente que nossos entes queridos devem merecer um descanso, merecem terminar sua vida da forma mais digna possível, sem intervenções drásticas, é mais fácil ter empatia e auxiliar no que for necessário.

REFERÊNCIAS

- BÔAS, Maria Elisa Villas. A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro. *Revista Bioética*. 2008. p.6267-69. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_%20bioetica/article/viewFile/56/59
- CFM. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>
- CJF. *Enunciados*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>
- CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247
- GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e cuidados paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. Rio de Janeiro: Almedina, 2017. p.131-150. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- TESTAMENTO VITAL. *Como fazer*. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/como-fazer/>
- TESTAMENTO VITAL. *Conduta médica diante do testamento vital*. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/conduta-medica-diante-testamento-vital/>
- TESTAMENTO VITAL. *Distorções acerca do testamento vital no Brasil*. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Distor%C3%A7%C3%B5es-acercado-testamento-vital-no-Brasil.pdf>
- UNASUS. Universidade Aberta do SUS. *Biblioteca*. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade18/unidade_18.pdf

Os atributos da autonomia do paciente e o dever de informação do médico como fatores críticos de sucesso no processo de tomada de decisões compartilhadas entre médicos e pacientes¹

José Antonio Ramalho

RESUMO

O trabalho pretende demonstrar a importância de se discutir o verdadeiro alcance da autonomia do paciente e do dever do médico à informação, debate que coloca em evidência a relação médico-paciente e as precárias condições de desenvolvimento humano, social e econômico da maioria da população brasileira, fator determinante da grande crise dessa relação, que se tornou cada vez mais desumana e verticalizada. O desenvolvimento e estruturação do trabalho fundamentam-se em relevante acervo teórico-doutrinário de eminentes juristas doutores e pesquisadores do pensamento jurisprudencial brasileiro sobre o tema relação médico-paciente. Contempla uma análise dos modelos da relação profissional médico-paciente, por meio de contextualizações que assegurem que o paciente tenha plena autonomia da sua condição e possa exercer a sua vontade em relação a sua saúde, considerando sempre que a beneficência deve ser usada, sem paternalismo, para fazer o bem. Aborda a veracidade como princípio determinante na construção de um diálogo entre médicos e pacientes, proposta que implica a implementação de ações estratégicas pelo Governo Federal (Ministério da Educação), voltadas para a formação médica curricular, de maneira que se permita reformular o currículo, inserindo disciplinas humanitárias, quebrando o paradigma saúde-doença, voltando-se para a educação dos profissionais (médicos e outras categorias que atuam no setor saúde) que promovem a cura. A adoção de uma Concepção Pedagógica Integrada com a inclusão da dimensão Aprender a Ser/Conviver nos currículos das escolas médicas brasileiras será proposta no trabalho, e sua implementação será fundamental para o desenvolvimento das competências de relacionamento interpessoal e motivação do profissional médico no relacionamento com pacientes. Destaca o elevado índice de Analfabetismo Funcional que, segundo o Instituto Paulo Montenegro – INAF, atinge cerca de 29% da população brasileira, o que demonstra a necessidade da implementação de uma estratégia educacional para a cidadania em todos os níveis de ensino, que promova informações e conhecimentos sobre os mecanismos de comunicação obrigatórios utilizados na relação médico-paciente. Outros temas relacionados ao papel da informação no processo de tomada de decisões entre médicos e pacientes integram a contextualização das análises desenvolvidas, com destaque para o consentimento informado na relação profissional médico-paciente; bioética no fim da vida; o dever informacional.

Palavras-chave: Relação Médico-Paciente. Consentimento informado. Autonomia do Paciente. Bioética no fim da vida. A Formação Humanística do Médico. Analfabetismo Funcional.

“No final, o que conta, não é o resultado do procedimento, mas a experiência e a emoção que o paciente teve em sua jornada com o médico.”

Dr. Raul Canal (2020)

¹ Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentado para obtenção do Título de Especialista em Direito Médico e Odontológico da Universidade Corporativa Anadem – UCA, em parceria com o Centro Universitário UNICAMBURY.

1 INTRODUÇÃO

A doutorada Andreza Cristina Baggio, professora e coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico e professora de Direito Civil e Biodireito do Curso de Direito do UniCuritiba, em parceria com a Dra. Fernanda Rivabem, autoras do trabalho “Paternalismo e autonomia – uma falsa dicotomia?”, aprovado no VIII Congresso Mundial de Bioética realizado em Gijón, Espanha, em 2013, ao analisarem o tema autonomia do paciente, afirmam:

A velocidade em que as informações giram o mundo e as constantes e espantosas inovações (bio)tecnológicas têm influenciado sobremaneira a prática médica e, especialmente, o próprio direito à saúde, criando inevitáveis tensões entre direitos fundamentais, produzindo expectativas nem sempre legítimas e colocando em risco até mesmo a noção de dignidade da pessoa humana.

As autoras ressaltam a importância de se discutir o verdadeiro alcance da autonomia do paciente e do dever do médico à informação, debate que, segundo as especialistas, “parece constantemente colocar em lados opostos médicos e pacientes e que costumeiramente procura criar uma dicotomia entre o clássico paternalismo e o incipiente reconhecimento da autonomia do paciente”.

De fato, a relação médico-paciente é, *a priori*, assimétrica: o médico detém o conhecimento e os meios técnicos, enquanto o enfermo se lhe apresenta com ausência de saúde, colocando bens indisponíveis, como vida e integridade física e psíquica, à mercê de sua atuação. Essa assimetria natural, no entanto, não se deve caracterizar pelo desequilíbrio, mas, sim, por consideração e respeito mútuos, sustentáculos do diálogo que entre eles deve existir e da confiança necessária ao desenvolvimento dessa relação.

A sociedade, por meio da crescente evolução tecnológica e da globalização, vem sofrendo profundas transformações, e, nesse cenário, a concepção de saúde, também, foi alterada. Contudo, as práticas de saúde de maneira humanizada ainda precisam ser repensadas para que o direito à saúde do sujeito-paciente possa ser efetivado.

As exigências da sociedade contemporânea não permitem a criação de vínculos afetivos com pessoas que são consideradas clientes, bem como essa proximidade não é aconselhada pelos diversos códigos de ética médica. Essa distância afetiva acabou não só despersonalizando a relação médico-paciente como, também, fez por muitos anos prevalecer o ideal paternalista como informador absoluto desse vínculo. Por essa razão, importante discutir o verdadeiro alcance da autonomia e se ainda existe lugar para o paternalismo.

A globalização e o avanço da tecnologia acarretaram sérios reflexos em todos os segmentos e setores socioeconômicos, principalmente na área da saúde, com impactos diretos na desumanização no atendimento dos pacientes. O surgimento de correntes humanistas em busca da concretização dos direitos sociais, priorizando a saúde como um direito de todos e dever do Estado, com foco na implementação de políticas públicas direcionadas para um atendimento digno ao paciente e a operacionalização de um sistema de saúde igualitário, solidário e abrangente, tornou-se um objetivo estratégico de governantes comprometidos com a qualidade de vida e saúde dos cidadãos.

As especialistas demonstram, numa análise de marcos históricos, que o desenvolvimento biotecnológico e as políticas públicas do acesso dos cidadãos à saúde alteraram significativamente a relação médico-paciente.

Séculos XV e XIX: A recuperação dos ensinamentos hipocráticos e galenos em sua pureza paternalista e as condições de desenvolvimento humano (social e econômico) precárias acabaram levando à grande crise dessa relação, que se tornou ainda mais verticalizada. Essa visão trouxe, por consequência, a subvalorização e degradação do paciente, transformando-o em mero objeto da atuação médica (desumanização da Medicina), que se realizava em uma interação meramente técnica e instrumental, limitada apenas ao orgânico, e que permitiu o prevalescimento de um interesse maior na enfermidade do que no enfermo e a exacerbação do paternalismo médico.

Século XX: A medicina tornou-se extremamente especializada e racionalista (cega e surda), ou seja, ainda mais científica e menos humana (Medicina Tecnocêntrica), permitindo que a adoração à técnica, à tecnologia e a ambientes tecnicamente perfeitos prevalecessem sobre o respeito ao ser humano. O desenvolvimento social e tecnológico das ciências médicas, embora tenha retirado a aura de sacralidade que pairava sobre o profissional médico, retardou o reconhecimento da autonomia do enfermo em tomar decisões.

Século XXI: Ganhou força a preocupação em humanizar e democratizar a relação médico-paciente. Esse movimento quebra o ideal organicista, valorizando a dignidade da pessoa humana, e levando a Medicina a repensar o vínculo eminentemente paternalista de submissão do paciente a todas as decisões do facultativo, para se realizar em uma relação interpessoal que reconhece a autonomia do enfermo e é protegida não apenas por normas éticas, mas, também, pelo Direito. Coloca-se, dessa forma, ênfase não somente no orgânico, mas também nas demais dimensões da pessoa humana que implicam respeito à sua individualidade e o seu reconhecimento como parte de um grupo social.

2 OBJETIVOS

A demanda atual do sistema de saúde nacional por profissionais com formação generalista, humanitária e reflexiva poderá revelar se as escolas estarão prontas para liberar profissionais egressos com esse perfil. Essa talvez seja uma grande questão deste momento: depois de quase 10 anos das Diretrizes Curriculares Nacionais – DCN –, avançamos de maneira satisfatória na formação das futuras gerações médicas aptas a atender às necessidades de saúde da população? O cenário pós-crise poderá trazer respostas e oportunidades para retomar esse debate.

Os referenciais teóricos, as indicações técnicas dos estudos e pesquisas, as resoluções e recomendações dos órgãos normativos, as regras e normas éticas do Código de Ética Médica, citadas como fontes de referência neste trabalho, demonstram que a falta de intercomplementaridade e comportamento colaborativo na relação médico-paciente guarda estreita relação com fatores socioeconômicos e culturais e com o modelo de formação profissional adotado pelas escolas médicas, que se baseia em teorias de aprendizagem com foco em competências cognitivas (aprender a conhecer) e de aplicação (aprender a fazer), em detrimento de competências atitudinais (aprender a ser/conviver).

2.1 Objetivo Geral

Propor a adoção de uma Concepção Pedagógica Integrada com a inclusão da dimensão Aprender a Ser/Conviver nos currículos das escolas médicas brasileiras, cuja implementação será fundamental para o desenvolvimento das competências de relacionamento interpessoal e motivação do profissional médico no relacionamento com pacientes.

2.2 Objetivos Específicos

- Contribuir para fortalecer a relação médico-paciente no país, por meio da implementação de políticas de educação de jovens e adultos, como fator determinante para o verdadeiro alcance da autonomia do paciente e do dever do médico à informação.
- Disponibilizar acervo teórico-doutrinário de eminentes juristas doutores e pesquisadores do pensamento jurisprudencial brasileiro sobre o tema relação médico-paciente.
- Destacar o elevado índice de Analfabetismo Funcional (IBOPE/INAF) do país que atinge cerca 42 milhões de pessoas, 29% da população brasileira, o que indica a necessidade da implementação de uma estratégia educacional para a cidadania em todos os níveis de ensino, que promova informações e conhecimentos sobre os mecanismos de comunicação obrigatórios utilizados na relação médico-paciente.
- Demonstrar que o desenvolvimento biotecnológico e as políticas públicas do acesso dos cidadãos à saúde alteraram significativamente a relação médico-paciente, com impactos diretos na desumanização e na qualidade do atendimento dos pacientes.
- Fortalecer os debates e discussões sobre o tema Bioética no Fim da Vida, demonstrando que, no Brasil, não existe normatização jurídica sobre tratamentos para a morte digna, o que contribui para a insegurança jurídica dos protagonistas paciente, família, equipe e instituição de saúde, que lidam com o tema terminalidade.
- Compartilhar estratégias para a humanização da formação do profissional do setor saúde do médico, por meio do desenvolvimento de competências de conhecimento, atitudinais e de aplicação, segundo as recomendações do Relatório da Comissão Internacional Sobre Educação para o século XXI da UNESCO, cuja estrutura se alicerça nos fundamentos e princípios das teorias de aprendizagem Cognitivista, Humanista e Sociocrítica de notáveis educadores para o século XXI.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O arcabouço metodológico do trabalho compõe-se de um conjunto de estratégias e mecanismos estruturados através de análises bibliográficas, estudos documentais, pesquisas qualitativas e quantitativas nas áreas do conhecimento da saúde e educação, cujo conjunto tem o propósito de contribuir para o entendimento das reflexões relacionadas aos fatores críticos de sucesso no processo de

tomada de decisões compartilhadas entre médicos e pacientes. O planejamento da construção textual, estruturação e normatização orienta-se pela ementa do módulo Metodologia Científica: Introdução aos Estudos Metodológicos, desenvolvido pelo Professor Hugo Rios Bretas.

4 DESENVOLVIMENTO DO CONTEÚDO

4.1 Referencial Teórico

4.1.1 O Código de Ética Médica e o Direito de Informação do Paciente

Eduardo Dantas, no ensaio “Muito Barulho Por Nada? Uma Análise Crítica do Novo Código de Ética Médica”, publicado na Revista de Direito Sanitário Mar/Jun de 2011, afirma:

O principal objetivo de um código de ética é o de estabelecer normas éticas de conduta a serem seguidas por profissionais de determinada área no exercício de sua atividade profissional.

(...) A falta de sistematicidade e clareza Independentemente da correção ou não do modelo de código adotado, a recente revisão deixou passar uma oportunidade importante de ao menos tornar o código mais claro e sistemático e, portanto, mais acessível e fácil de utilizar, o que deve ser objetivo de todo código.

A análise crítica realizada pelo professor Eduardo Dantas, chama atenção para a repetição de enunciados, destacando textos relacionados ao direito de informação do paciente inseridos nos artigos 13, 22, 34, 44 e 101 do novo Código de Ética Médica brasileiro, aprovado pela Resolução n. 1.931 do Conselho Federal de Medicina, que entrou em vigor em 13 de abril de 2010.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 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.

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplante de órgãos.

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.

§ 1º No caso de o paciente participante de pesquisa ser criança, adolescente, pessoa com transtorno ou doença mental, em situação de diminuição de sua capacidade de discernir, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

§ 2º O acesso aos prontuários será permitido aos médicos, em estudos retrospectivos com questões metodológicas justificáveis e autorizados pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) ou pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP).

Dantas (2011) ressalta que, em que pese tratar-se de um dos direitos mais significativos do paciente, “a repetição assistemática não auxilia em nada o esclarecimento dos deveres do médico”. Sugere o autor que um único artigo explicitando claramente “os deveres do médico de informação ao paciente e suas potenciais exceções, aplicável a qualquer procedimento médico, terapêutico ou experimental”, produziria efeitos de compreensão e aplicação mais eficientes e eficazes. O pesquisador explicita mais ainda que “O dever do médico de obter o consentimento do paciente antes de qualquer procedimento também é repetido, sem necessidade, nos artigos XXI do capítulo I e, 22, 24 e 31”, sem que em nenhum deles, como veremos a seguir, sejam colocados claramente os pontos principais desse importante direito ao consentimento informado do paciente.

Infelizmente, após 33 meses de discussão (1º de fevereiro de 2016 a 1º de novembro de 2018), audiências públicas, oitivas da sociedade organizada e recepção de mais de 1.500 contribuições, foi, finalmente, aprovado, pela Resolução 2.217/2018 (publicada no DJU do dia 1/11/2018, o “novo” Código de Ética Médica, o qual, na verdade, traz pouquíssimas modificações em relação ao atual, vigente desde 2009.

O atributo consentimento informado que disciplina o direito do paciente de receber informações sobre os procedimentos médicos sugeridos e de decidir livremente se deseja se submeter aos mesmos é abordado no Código de Ética Médico (Resolução 2217/2018) com os enunciados selecionados a seguir pelo professor Dantas, os quais, no seu entendimento, não demonstram nenhuma evolução significativa na relação médico-paciente, no que diz respeito à tomada de decisões com base em evidências, registros e esclarecimentos que permitam ao paciente a compreensão plena das vantagens, desvantagens e riscos dos procedimentos médicos, terapêuticos ou experimentais sugeridos pelo médico:

Capítulo I, art. 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.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte

Como enfatiza o professor Eduardo Dantas “a comunicação não é o que a parte (médico) expõe, mas o que o interlocutor (paciente) entende”. Destaca o educador e pesquisador que, considerando o elevado índice de Analfabetismo Funcional², que, segundo o Instituto Paulo Montenegro do IBOPE, atinge cerca de 29% da população brasileira, faz-se necessária a implementação de uma

² **Analfabetismo funcional** é a incapacidade que uma pessoa demonstra ao não compreender textos simples. Tais pessoas, mesmo capacitadas a decodificar minimamente as letras, geralmente frases, textos curtos e os números, não desenvolvem habilidade de interpretação de textos e de fazer operações matemáticas.

estratégia educacional para a cidadania em todos os níveis de ensino, que promova informações e conhecimentos sobre os mecanismos de comunicação obrigatórios utilizados na relação médico-paciente. O tema do Consentimento é tão importante, afirma Eduardo Dantas, que o próprio Conselho Federal de Medicina dispôs sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica, por meio da Recomendação CFM N° 1/2016, didaticamente formulada com recomendações sobre o Princípio Fundamental XXI e os artigos 22, 31 e 34 do Código de Ética Médica. Dentre as orientações que integram a referida recomendação, destacam-se as relacionadas ao consentimento livre e esclarecido como prática médica obrigatória sob o prisma ético e jurídico e a informação ao paciente como uma etapa da relação médico-paciente que leva em consideração os aspectos humanísticos envolvidos no processo decisório médico-paciente.

4.1.2 Modelos adotados na relação médico-paciente

A relação médico-paciente deve ser permeada pela vontade do paciente, considerando que há entre os sujeitos da relação direitos e deveres. Saliente-se que o doente tem o direito constitucional à saúde e à informação, sendo que o médico tem o dever de cura. E, nessa esteira, a cura da doença deve vir de forma humanizada, permeando toda a relação existente, a fim de se transmitir confiança e segurança ao paciente.

Dessa forma, os princípios da bioética devem nortear a relação médico-paciente, primando por sua aplicação e assegurando-se de que o paciente tenha plena autonomia da sua condição e possa exercer a sua vontade perante a sua saúde, ponderando-se que a beneficência deve ser usada, sem paternalismo, para fazer o bem. E o bem não apenas do ponto de vista médico de cura, mas também o bem-visto pelo doente, o qual é o vulnerável na situação. (LIGIERA, 2005).

É fundamental que a discussão sobre o consentimento informado se realize à luz das diferentes compreensões da sua relevância para o respeito da autonomia do indivíduo doente, que o exercício de autonomia, consignado no consentimento informado, depende não só do paciente, mas também do clínico, destacando a necessidade de insistir num modelo baseado na interdependência.

O respeito pela autonomia constitui um princípio basilar na relação do profissional de saúde com o paciente. O consentimento informado tem sido definido pelos documentos fundamentais que consignam a sua utilização na investigação (Declaração de Helsínquia, 2008) no contexto clínico e pela bioética como um elemento fundamental da afirmação e do respeito por essa autonomia do doente. Neste sentido, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina (1997) refere no seu artigo n° 5° que, como regra geral, qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa com o seu consentimento livre e esclarecido. Essa pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção bem como as suas consequências e riscos.

Na perspectiva de Beauchamp e Childress (2002), o princípio do respeito pela autonomia individual refere-se ao direito de cada pessoa ao seu “autogoverno”. Esse princípio decorre da doutrina do “reconhecimento da dignidade humana e dos direitos humanos fundamentais”, consignada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (UN, 1948), na qual se afirma, no Art. 1°, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Portanto, a autonomia consiste na “capacidade de tomar decisões por si mesmo com base na

deliberação”. Entende-se por “agir autônomo” aquele que implica intencionalidade, compreensão e ausência de influências que o determinem. A autonomia implica o dever de respeitar a capacidade de decisão autônoma e envolve dois aspectos complementares:

- a) o reconhecimento da capacidade comum a todas as pessoas de tomar as suas próprias decisões, baseadas nos seus valores pessoais e crenças;
- b) a promoção efetiva de condições que favoreçam o exercício da autonomia.

Sob esse entendimento, a compreensão de alguns modelos adotados na relação profissional médico-paciente é fator crítico de sucesso para o entendimento da importância dos processos de tomada de decisões de forma colaborativa e sob a égide de princípios humanistas. Os modelos da relação profissional médico-paciente mais utilizados são os desenvolvidos em 1992 por Ezequiel Emanuel e Linda Emanuel, que se referem às abordagens: modelo paternalista, modelo informativo, modelo interpretativo e modelo deliberativo.

O modelo paternalista

A interação profissional-paciente garante que o paciente receba as intervenções necessárias e que melhor garantem a sua saúde e bem-estar.

Modelo colegial de Veatch

Esse modelo não diferencia os papéis do profissional e do paciente. A característica principal do modelo reside em que o profissional não é caracterizado como uma autoridade. Assim, a proposta é que o poder seja partilhado de forma igualitária. O modelo se subdivide em 2 submodelos:

- Informativo – também conhecido como “científico, técnico ou do consumidor”, o objetivo da relação terapêutica subjacente é proporcionar ao paciente toda a informação relevante, isto é, os benefícios e riscos da mesma, a margem de incerteza científica, dentre outros elementos.
- Interpretativo – o objetivo da relação profissional de saúde-paciente tem como propósito determinar os valores do paciente e o que ele realmente deseja no momento, ajudando-o a escolher, dentre as intervenções terapêuticas possíveis, aquela que satisfaz os seus valores.

O modelo deliberativo

Nesse modelo o objetivo da relação entre o profissional de saúde e o paciente é ajudar este último a determinar e escolher, dentre todos os valores relacionados com a sua saúde, os melhores que podem ser desenvolvidos no ato clínico.

4.1.3 Humanização da medicina: a veracidade como princípio determinante na construção de um diálogo entre médicos e pacientes

No trabalho “Paternalismo e Autonomia – Uma Falsa Dicotomia?” a Dra. Andreza Cristina Baggio e a Dra. Fernanda Shaefer Rivabem (2013) afirmam que o atributo confiança, na busca pelo

médico de informações e dados relevantes sobre a situação de saúde do paciente, é fator determinante para o sucesso do diálogo entre médicos e pacientes. Destacam as autoras “A confiança é valor que merece tutela, principalmente porque dela nascem expectativas legítimas. A violação das expectativas nascidas de comportamentos geradores de confiança gera responsabilidades”.

As pesquisadoras enfatizam:

A privação da informação ao paciente (seja por omissões, insuficiência de informações ou dados truncados), retira-lhe a capacidade reflexiva sobre a sua própria condição; subtrai-lhe o poder de autodeterminação, deixando-lhe ainda mais vulnerável a manipulações e, até mesmo, ao mercado; diminui-lhe, significativamente, a capacidade de discernimento e julgamento, lhe inserindo num círculo de apatia e conformismo que lhe deixa à mercê das decisões familiares, médicas e quiçá mercadológicas.

O estabelecimento de um clima de confiança mútua gera processos cooperativos que asseguram a realização de procedimentos e rotinas eficientes e eficazes no diagnóstico e prognóstico de saúde do paciente.

A humanização da medicina requer mudanças significativas na mentalidade de todos os agentes do sistema de saúde. Essa dimensão tem como referência primordial o atendimento pautado na valorização da dignidade humana, por meio de relações de confiança, aliança e assistência. O profissional de saúde presta o serviço contemplando o direito que o paciente tem à saúde. No momento em que o médico se preocupa em conhecer a realidade do contexto socioeconômico-cultural em que o paciente está inserido, inicia-se a prática de uma medicina humanizada que extrapola o atendimento que o médico realiza no consultório com o paciente. As doutoras Andreza e Fernanda destacam no trabalho a relevância desse tema, afirmando:

O dever de veracidade é um direito do paciente e, por suas características especiais, exige exercício dirigente e cauteloso do facultativo, de acordo com os limites impostos pelo próprio doente, visando proporcionar-lhe a apresentação adequada do seu diagnóstico e prognóstico; permitindo livre e construtivo diálogo entre médico e enfermo na busca de esclarecimentos e aconselhamento; consolidando o direito à autodeterminação informativa e o respeito aos sentimentos do próximo na efetivação de uma Medicina mais humanizada.

Antonio Carlos Lopes (2021), Presidente da Sociedade Brasileira de Clínica Médica (SBCM), Professor Titular da Disciplina de Clínica Médica da Unifesp e Diretor da Escola Paulista de Medicina tem, de forma continuada, demonstrado preocupações com a falta de disciplinas humanísticas nos cursos de formação de médicos. Afirma o eminente educador que “A medicina está perdendo seu lado humanístico. Interesses econômicos falam mais alto e muitas vezes tomam foco os equipamentos tecnológicos e medicamentos que dão mais lucro, em vez de priorizar relações individuais essenciais à efetiva prática médica.” e revela com base em sua experiência como gestor de faculdades médicas:

As escolas médicas brasileiras, faz décadas, não valorizam o humanismo. É perceptível que o ensino esteja cada vez mais decadente, já que a formação do médico é precária e cheia de falhas. Empresários da educação criam faculdades médicas como máquinas de caça-níqueis, não se preocupam nem um pouco em oferecer conhecimento adequado nem base bioética.

Para a humanização do cuidado na relação médico-paciente, necessário se faz uma atenção à formação médica curricular, de maneira que se permita reformular o currículo, inserindo disciplinas

humanitárias, quebrando o paradigma saúde-doença, voltando-se para a educação dos sujeitos que promovem a cura.

No mesmo sentido, é preciso conscientizar os pacientes dos seus direitos, para que exerçam a sua autonomia, pois, com a informação correta, o direito de escolha se torna realmente uma liberdade do paciente, que atua com conhecimento de causa

Sob esse entendimento e na busca de estratégias para a humanização da formação do profissional do setor saúde, notadamente do médico, recomenda-se a formatação de uma Concepção Pedagógica Integrada com foco no desenvolvimento de competências segundo as recomendações do Relatório da Comissão Internacional Sobre Educação para o Século XXI da UNESCO, cuja estrutura se alicerça nos fundamentos e princípios das teorias de aprendizagem Cognitivista, Humanista e Sociocrítica de notáveis educadores para o século XXI.

O estudo “Humanização do Cuidado: o Desvelar da Relação Médico-Paciente”, de autoria de Amanda Netto Brum e Silvia Gomes Terra Leite, publicado em 2014 no Portal Âmbito Jurídico, analisa a partir das reflexões da bioética a humanização do cuidado, particularmente por meio das práticas profissionais realizadas pelos profissionais da medicina. As autoras afirmam:

A relação médico-paciente deve ser permeada pela vontade do paciente, considerando que há entre os sujeitos da relação direitos e deveres. Saliente-se que o doente tem o direito constitucional à saúde e à informação, sendo que o médico possui o dever de cura. E nessa esteira, a cura da doença deve vir de forma humanizada, permeando toda a relação existente, a fim de que transmita confiança e segurança ao paciente.

A informação se constitui o principal elemento na relação médico-paciente e deve se pautar pela geração de dados e indicações que permitam ao paciente conhecer os benefícios e riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos.

Dois elementos são considerados fatores restritivos para o estabelecimento de um processo decisório compartilhado e consensual: o perfil socioeconômico da categoria profissional médicos e odontólogos e a elevada taxa de analfabetos funcionais de significativo contingente da população brasileira.

4.1.4 Terminalidade da vida, conceitos, posicionamento médico, direitos do paciente e legislação brasileira a respeito do tema bioética no fim da vida

Os debates e discussões sobre o tema Bioética no Fim da Vida são um assunto complexo e controverso, uma vez que envolvem uma série de fatores decorrentes da evolução tecnológica da biomedicina; da tendência cada vez maior de novos hábitos de consumo de medicamentos, da busca pela qualidade de uma vida “sem dores”, ou seja, de uma saúde perfeita, da relação entre religião, espiritualidade e sentido da vida.

A professora Luciana Dadalto, Doutora em Ciências da Saúde, Mestre em Direito Privado, renomada especialista no tema Bioética no Fim da Vida, no artigo “Considerações Médicas, Éticas e Jurídicas sobre Decisões de Fim de Vida em Pacientes Pediátricos” (2018), afirma:

O processo de tomada de decisão em fim de vida abarcadas, envolve diversas questões culturais, entre as quais a cultura da negação da morte e luta pela vida que deve ser mantida a

qualquer preço. Não existe, no Brasil, tradição de valorização da autonomia do paciente, e as decisões de final de vida acabam sendo tomadas pela equipe médica baseadas no conceito de beneficência e influenciadas pelos valores culturais e morais dos profissionais da saúde. (DADALTO, 2018).

No artigo a especialista demonstra que, no Brasil, não existe normatização jurídica sobre tratamentos para a morte digna, o que contribui para a insegurança jurídica dos protagonistas paciente, família, equipe e instituição de saúde, que lidam com o tema terminalidade. O estudo ressalta os elementos que envolvem o dilema bioético do tema fim da vida em decisões no campo da pediatria, ao tratar especificamente do caso Charlie Gard, cuja repercussão mundial no meio científico, humanístico e político, despertou a atenção para a aplicação. Segundo a doutora Luciana Dadalto, a “abordagem humanista da relação médico-paciente-família, sobretudo em situações relacionadas a cuidados de pacientes com doenças progressivas e incuráveis, deve ser levada em conta por todos os agentes envolvidos no tratamento.”

A doutora Luciana Dadalto enfatiza a importância de se evitar “a judicialização de decisões médicas, com a qual se corre sério risco de provocar intenso sofrimento a todas as partes envolvidas, uma vez que as relações entre médico-paciente-família são pautadas por nuances pouco acessíveis aos julgadores”. Conclui o artigo afirmando:

É fundamental que, a partir do aprimoramento das técnicas de comunicação e da capacidade de atuar com empatia e compaixão, a equipe de saúde seja capaz de resolver mais conflitos, buscando consenso com a família sem que seja necessária intervenção jurídica. Espera-se que esse seja o legado de Charlie. (DADALTO, 2018).

Finitude e bioética do fim da vida³

O substantivo finitude, segundo Fermin Roland Schramm⁴, é um neologismo surgido inicialmente na língua inglesa durante o século XVII, com o sentido de “caráter daquilo que é finito”. Indica, de maneira geral, uma propriedade daquilo que é limitado no tempo e no espaço; de maneira específica, a condição humana entendida como limitada ou finita. Conceitualmente, “finito” está sempre relacionado com seu correlato direto e contrário: o “infinito”, que delimita dialeticamente a compreensão de “finito”. Mas isso quer dizer que um fenômeno, entendido como “finito”, só pode ser compreendido através de uma determinada interpretação daquilo que não pertence diretamente ao seu conceito: o “infinito”

Ao tratar do tema Morte e Finitude na Cultura Contemporânea, o sanitariano e bioeticista Fermin Roland Schramm ressalta que, de um modo geral, as sociedades modernas em que predominam valores individualistas; perspectiva racional, científica, técnica e burocrática e sistema capitalista de produção, não lidam muito bem com a morte e a finitude. Afirma o bioeticista:

De fato, nossa época tem uma relação com a finitude que pode ser vista como para-

³ Artigo de Opinião Finitude e Bioética do Fim da Vida Artigo submetido em 19/10/11; aceito para publicação em 22/11/11 na Revista Brasileira de Cancerologia 2012.

⁴ Sanitarista e Bioeticista. PhD em Saúde Pública, ENSP/FIOCRUZ. Pós-Doutorado em Bioética, Universidade do Chile. Pesquisador Titular da ENSP/FIOCRUZ. Consultor de Bioética do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA).

doxal. Com efeito, os sentidos de “imperfeição” e de “falta” – herdadas da tradição medieval e moderna – se radicalizam, como na concepção do *ser para a morte* de Heidegger. Para esse filósofo alemão, este ser para a morte, que todos nós seríamos, indicaria uma impossibilidade permanente e insuperável do próprio ser. E essa impossibilidade do ser de pensar o não ser faria com que a finitude seja, não só uma característica de nossa incapacidade de compreender o ser em sua precariedade, mas, de maneira muito mais radical, a verdade originária (SCHRAMM, 2012).

Com esse entendimento, ele assegura que “hoje existem indícios suficientes para poder afirmar que a atitude frente à morte mudou, ou, pelo menos, que está mudando, pois: (1) “saber” e “decidir” sobre seu “fim de vida” tornou-se “um direito fundamental da pessoa” e (2) o uso do consentimento livre e esclarecido do paciente competente – que estrutura a relação médico-paciente – uma prática corrente no campo biomédico. Em realidade, esse direito da pessoa competente (i.e. “capaz de entender e querer”) de saber e poder decidir não somente sobre sua qualidade de vida, mas também sobre a qualidade de seu morrer está cada vez mais “encarnada”, por exemplo, nos pedidos de suicídio assistido (i.e. praticado pelo próprio paciente com a ajuda de terceiros) ou de eutanásia voluntária (i.e. praticada por terceiros com o pedido explícito do paciente), devendo-se acrescentar – no caso de pessoas não mais competentes – os modos do testamento biológico ou das diretrizes antecipadas (formulados quando o paciente era ainda “competente”).

Morte digna: o direito fundamental de escolha do próprio fim

Maria de Lourdes Feitosa Lima, Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva, na dissertação “Bioética e o Fim da Vida: O Debate Sobre a Tomada de Decisão, às Portas do Infinito”, afirma:

O crescente envelhecimento populacional e o aumento das doenças crônicas não transmissíveis têm contribuído para maior número de adoecimentos por condições graves e incuráveis, tornando necessário o oferecimento de bons cuidados de fim de vida para as pessoas, aspecto que precisa ser pensado em termos técnicos e bioéticos. (LIMA, 2013).

A especialista em Bioética no Fim da Vida, doutora Luciana Dadalto (2019), no artigo “Morte Digna Para Quem? O Direito Fundamental de Escolha do Próprio Fim”, descreve sobre conceito de morte digna e sua conformação ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de pesquisa teórica de natureza exploratória, com levantamento bibliográfico e documental na seara jurídica e bioética. Por meio de uma ordenada contextualização, a especialista discorre sobre as nomenclaturas e institutos utilizados no campo doutrinário brasileiro e estrangeiro, e analisa a aplicação do conceito de morte digna e a necessidade de se reconhecer a existência do direito à morte digna, em toda a sua extensão, no Brasil, sob pena de, afirma a doutora Luciana Dadalto, “se continuar a reduzir o tema a interpretações que servem a instituições e crenças e não protegem o sujeito – verdadeiro destinatário das normas”.

Nomenclaturas adotadas no contexto da morte digna

Segundo a especialista em Bioética no Fim da Vida, doutora Luciana Dadalto, eutanásia, distanásia e ortotanásia são termos que definem formas de abordagem médica em relação à morte do paciente. Assim, a eutanásia é definida como o ato de “antecipar a morte”, a distanásia caracteriza uma “morte lenta, com sofrimento”, enquanto a ortotanásia representa a “morte natural, sem antecipação ou prolongamento”

Eutanásia

O conceito de eutanásia sofreu inúmeras modificações ao longo da História e foi paulatinamente conformado à realidade sociocultural de cada população. Leo Pessini (2004), bioeticista brasileiro de renome internacional, apresenta a evolução histórica do conceito, dividindo-o em três etapas:

- **Eutanásia ritualizada:** remonta à civilização greco-romana, na qual a eutanásia era tida como a morte boa. Daí, inclusive, vem a origem etimológica da palavra, *eu* (boa) – *thanatos* (morte). Nesse momento, a morte era tida como um ritual intrínseco à cultura dos povos.
- **Eutanásia medicalizada:** é produto do surgimento da Medicina na Antiguidade e perdeu força com os desdobramentos da Segunda Guerra Mundial. A ideia hipocrática é de que o foco na Medicina é a cura das enfermidades e que, quando não há mais cura, é possível abreviar a vida do doente. Assim, quando o paciente estava desenganado, o médico não tinha mais nada a fazer, razão pela qual era aceitável que se abreviasse a vida do doente.
- **Eutanásia autônoma:** após a Segunda Guerra Mundial, o paciente – em qualquer estágio de adoecimento – começa a ser visto como um sujeito de direitos cuja autonomia precisa ser respeitada. É preciso entender o contexto tecnocientífico dessa época. Ao mesmo tempo que a autonomia do paciente estava em ascensão, ascendia também a tecnologização da Medicina, com a descoberta de novos medicamentos, novos procedimentos e novos aparelhos, que permitiam que a morte não fosse mais um evento natural, mas um evento controlado pelos médicos (ARIÈS, 2014). Assim, se outrora não existia controle sobre a morte, porque ela viria no tempo certo, na contemporaneidade é possível controlá-la. Mais ainda, é possível lutar contra ela com todo o aparato tecnológico disponível. Nesse cenário, surge a eutanásia autônoma: modelo que coloca o paciente no centro do ato. É ele quem não deseja mais estar vivo. É ele quem pede a morte. É ele quem causa a compaixão no profissional.

Em que pese o conceito de eutanásia ainda ser bastante controverso, “ao longo do tempo, consagrou-se o uso do termo para indicar a morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso” (VILLAS-BOÂS, 2017, p. 102).

Segundo a especialista Dra. Luciana Dadalto, a eutanásia é praticada de forma lícita em 5 países: Holanda, Bélgica, Colômbia, Luxemburgo e Canadá. **Holanda** foi o primeiro país a legalizar

a eutanásia, em 2002. A lei intitulada “The Termination of Life on Request and Assisted Suicide” foi precedida de um longo debate social e jurídico no país. **Bélgica** foi o segundo país a legalizar esse instituto, em setembro de 2002, por meio de lei intitulada “Law on Euthanasia”. Sumner (2017) afirma que a lei belga sofreu forte influência da Holanda, uma vez que ambos os países têm uma tradição de autonomia individual. **Luxemburgo** legalizou a eutanásia em 2009, dando origem a uma crise institucional, pois o Grande Duque Henri não a sancionou, cabendo ao Congresso Nacional a derubada do veto e a aprovação da lei, baseando-se, assim como a Holanda e a Bélgica, na autonomia do moribundo e na dignidade no fim da vida. **Colômbia** foi o primeiro país fora da Europa a tratar a eutanásia como ato lícito, em 1997. **Canadá** trata-se do mais recente país a caminhar em direção à legalização da eutanásia no mundo.

Suicídio assistido

O suicídio assistido, por sua vez, é tido como a abreviação da vida feita pela própria pessoa que está com uma doença grave, incurável e/ou terminal. Nesse caso, a pessoa é ajudada por outrem (médico ou não), que lhe concede os meios para que possa, por si mesma, abreviar sua vida.

Todos os países que já legalizaram a eutanásia, quais sejam, Holanda, Bélgica Luxemburgo e Canadá, na mesma lei, legalizaram o suicídio medicamente assistido.

Ortotanásia

A ortotanásia, por sua vez, é tida hoje como a morte certa, aquela que não prolonga a vida da pessoa com doença grave, incurável e/ou terminal, nem mesmo a abrevia.

É definida por Pessini (2004) como “a arte de bem morrer”. Garay (2003) afirma que a ortotanásia se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente, “morte que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece)”.

No Brasil, o direito fundamental à morte digna tem sido conformado ao instituto da ortotanásia, tanto pela doutrina quanto pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelo Poder Judiciário.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou resolução específica sobre a ortotanásia em 28 de novembro de 2006. A Resolução n.º 1.805 “permite ao médico limitar ou suspender, na fase terminal de enfermidades graves, tratamentos que prolonguem a vida do doente”, mas deixa claro que devem ser mantidos “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”.

Distanásia

A distanásia é o oposto à ortotanásia. Trata-se do prolongamento artificial da vida que tem entre seus sinônimos a obstinação terapêutica, futilidade terapêutica, tratamentos extraordinários.

No aspecto da ética médica, praticar a obstinação terapêutica já é infração ética, pois o supracitado artigo 41 do Código de Ética Médica veda expressamente a obstinação terapêutica, e o artigo 35 veda ao médico “[...] exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos”.

A recente Resolução 2.156/2016 do CFM trata sobre os critérios de admissão do paciente em Unidade de Terapia Intensiva e deixa claro que os pacientes “com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação, não são apropriados para admissão em UTI, cabendo ao médico intensivista analisar o caso concreto e justificar em caráter excepcional.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

O princípio do respeito à autonomia

Autonomia é uma palavra derivada do grego *auto* (próprio) e *nomos* (lei, regra, norma), significando que a pessoa tem autogoverno – autodeterminação – para tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade psicofísica, suas relações sociais. Ser autônomo diz respeito a ter liberdade de pensamento, a ser livre de coações internas ou externas para optar entre as alternativas que lhe são apresentadas.

A autonomia – na verdade, o respeito à mesma – é um dos cerne do principialismo de Beauchamp e Childress. De fato, os autores, após sucessivas críticas, defendem que a autonomia não seria somente mais um princípio bioético, mas também uma qualidade dos seres humanos, a qual lhes permitiria o autogoverno para decidirem por si mesmos e segundo suas escolhas

Assim, no plano da existência, o respeito à autonomia da pessoa se expressa pela manifestação da vontade direcionada, diante de uma situação que seja bem compreendida por aquele que toma a decisão.

Nos cuidados em saúde, o respeito à autonomia é formalizado através de instrumentos como o Consentimento Informado (CI) e pelas diretivas antecipadas da vontade, ao passo que nas pesquisas torna-se essencial o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Quando se trata de menores, ou de incapazes, deverá haver o assentimento, segundo as possibilidades de compreensão.

Limites, compromissos e direitos para profissionais e pacientes no Brasil

O novo Código de Ética Médica, em vigor desde 30 de abril de 2019, traz norma legitimando a prática da ortotanásia a partir de cuidados paliativos e estabelece importantes parâmetros para tanto. Ademais, reforça a tendência da sociedade brasileira na construção de um direito social à morte digna.

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.

É neste sentido que tem importância o parágrafo único do art.41 da Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM, que não só demonstra a opinião da classe médica sobre o assunto como rotula a ortotanásia como forma de cuidado e humanização. Segundo a publicação oficial do Conselho Federal de Medicina, a previsão tem causado repercussão positiva entre os profissionais, que têm maior respaldo e segurança na utilização de métodos paliativos quando da terminalidade da vida, o que «fortalece a humanização do atendimento, inclusive nos hospitais públicos».

A eutanásia é vedada rigidamente pelo Código de Ética Médica. O que é permitido é que em situação de doença incurável e terminal não se adotem ações heroicas que não tenham eficácia provável, nem o prolongamento da sobrevivência, se trouxer mais dor e limitação à pessoa, assim como a utilização de métodos para reduzir as dores e os desconfortos dos momentos finais. Ortotanásia e Eutanásia, portanto, não se confundem. Esta é um procedimento mais ativo e induz à morte, abrevia a vida. Aquela é deixar morrer, adotando medidas de redução do sofrimento da doença.

O dispositivo traça ainda os cuidados necessários na adoção das medidas paliativas: informar e ouvir são deveres da equipe médica nesse delicado momento, devendo compreender as dores e esperanças dos pacientes e familiares e sugerir os meios mais serenos que apontem a um caminho de concórdia entre a vida e a morte. A decisão, portanto, é do paciente, que terá ampla autonomia, mas o médico terá o papel proativo de indicar e informar.

Cuidados paliativos

Cuidados Paliativos constituem uma recente especialização da assistência sanitária e consistem, substancialmente, na oferta de cuidados resultantes da integração entre as várias especialidades envolvidas (médicos, enfermeiros, voluntários etc.) e visam garantir uma morte digna e, até onde for possível, serena. Portanto, tem como planejamento da assistência o controle dos vários tipos de sintomas (físicos e psíquicos), considerando também os interesses existenciais e as relações sociais, e prestando uma “atenção especial na ‘boa morte’, entendida como morte sem sofrimento e sem perda de dignidade” (MORI, 2010).

Resolução CFM 1805/2006

A Resolução CFM 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 40 do século passado. Nessa linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o artigo 5º, III da

Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia. Sem menção à eutanásia e ao suicídio assistido — que continuam a ser considerados pelo Conselho como práticas não éticas —, a Resolução tratou da limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses autorizadas por seus parentes ou por seus familiares. Trazendo uma fundamentada Exposição de Motivos, a Resolução CFM 1.805/2006 tem o conteúdo assim resumido em sua Ementa:

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. (BARROSO; MARTEL, 2010).

Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Projeto de Novo Código Penal Brasileiro (PL 236/2012)

§2º Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos, aplicados a paciente terminal, deixar, o médico, de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, previamente atestada por dois médicos, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§3º A excludente prevista no parágrafo acima não se aplica em caso de omissão de uso de meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal. Cuidados paliativos

§4º Ao doente terminal será garantida a continuação de todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento e, bem assim, a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social, espiritual, e, inclusive, o direito da alta hospitalar.

Diretivas antecipadas de vontade CFM 1995/2012

Art.1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação

A Resolução CFM 1995/201232 dispõe sobre as diretivas antecipadas caracterizadas como: [...] o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade.

Em caso da impossibilidade de o enfermo se expressar de maneira livre, o médico levará em conta as diretivas antecipadas – ou as ponderações de um representante legal –, permitindo assim que seus desejos sejam cumpridos. As condutas adotadas devem ser registradas no prontuário.

É importante ressaltar, igualmente, que o parágrafo 3º do artigo 2º da Resolução CFM 1995/2012, explicita que “as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”.

As duas Resoluções – CFM 1805/200631 e CFM 1995/201232 – são avanços substantivos em termos dos cuidados de fim de vida, minimizando a ocorrência de ações que possam desrespeitar a autonomia do paciente, especialmente em um contexto de prolongamento da vida contra a sua vontade; ademais, ambas fornecem diretrizes de como o profissional deve agir quando estiver diante de situação irreversível da doença terminal.

Limitação consentida de tratamento

As resoluções CFM 1.805/2006 e CFM 1995/2012 abrem a possibilidade para a limitação consentida de tratamento (LCT) em pacientes com doenças terminais. Há também a modalidade de recusa ao tratamento – exemplificada pelo não início, ou pela não manutenção, de algum tratamento médico após a decisão do enfermo –, a qual pode ser uma opção dos pacientes ou dos seus responsáveis legais, através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Dentre as práticas concernentes à LCT encontram-se: a) a retirada do suporte vital (RSV), a qual é caracterizada como a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como hidratação e alimentação artificiais; b) a não oferta de suporte vital (NSV), o que implica a abstenção dos elementos já descritos anteriormente e as ordens de não ressuscitação (ONR)

4.1.5 Consentimento informado do paciente diante das novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial)

Eduardo Dantas e Rafaela Nogaroli (2020) demonstram no artigo “Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial)” como as novas tecnologias na área da saúde têm impactado profundamente a doutrina do con-

sentimento informado do paciente. Os autores analisam os impactos da medicina digitalizada e novas tecnologias na área da saúde – telemedicina, medicina robótica e inteligência artificial –, através de uma cuidadosa investigação dos diversos fatores aleatórios e riscos inerentes às características únicas e próprias de cada tecnologia. Ratificam que a moderna dogmática do consentimento informado engloba a ideia de escolha esclarecida, visto que o paciente deve estar em posse de todas as informações e elementos possíveis a sua compreensão, a fim de consentir de maneira livre e esclarecida.

Afirmam os autores:

Os desenvolvimentos científicos em telemedicina, medicina robótica e inteligência artificial têm revolucionado a prestação dos cuidados à saúde. Contudo, os avanços tecnológicos não eliminam o fator de imprevisibilidade no tratamento médico; pelo contrário, algumas vezes, os progressos da medicina podem tornar ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. Neste contexto, o consentimento informado (leia-se: livre e esclarecido) do paciente adquire certas peculiaridades, tendo em vista os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes às próprias tecnologias. A atual doutrina do consentimento informado compreende um papel consultivo do médico, o que envolve um processo de diálogo, cujo objetivo é assegurar que o doente compreenda todas as circunstâncias do tratamento proposto e da tecnologia utilizada para esse fim, bem como as razoáveis alternativas terapêuticas, possibilitando a tomada de decisão bem-informada.

Destacam, ainda os especialistas, a importância da capacidade cognitiva do paciente de interpretar, assimilar e relacionar informações e dados dos procedimentos tecnológicos repassados pelo médico, para o tratamento de sua doença e/ou enfermidade, ressaltando:

A autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas, para o caso concreto daquele paciente específico, e não genéricas. Por isso, é de suma importância a compreensão de toda a dinâmica do consentimento do paciente em cada tipo de tecnologia. O dever de informação assumido pelo médico restará cumprido a partir da análise do “critério do paciente concreto”, ou seja, a explicação do profissional deve ser extensa e adaptada ao nível intelectual e cultural do doente.

4.1.6 O analfabetismo funcional e o exercício da relação médico-paciente Analfabetismo Funcional

Para o Instituto Paulo Montenegro – INAF, alfabetismo é a capacidade de compreender e utilizar a informação escrita e refletir sobre ela, um contínuo que abrange desde o simples reconhecimento de elementos da linguagem escrita e dos números até operações cognitivas mais complexas, que envolvem a integração de informações textuais e dessas com os conhecimentos e as visões de mundo aportados pelo leitor. Dentro desse campo, distinguem-se dois domínios: o das capacidades de processamento de informações verbais, que envolvem uma série de conexões lógicas e narrativas, denominada pelo INAF como letramento, e as capacidades de processamento de informações quantitativas, que envolvem noções e operações matemáticas, chamada numeramento.

Os resultados obtidos ao longo de mais de uma década mostram, conforme a Tabela 1, nos níveis de alfabetismo no Brasil, conforme o Inaf (2001-2018), uma significativa redução do número de analfabetos, caindo de 12%, em 2001-2002, para 4% em 2015, embora os dados dessa última edição sinalizem uma inflexão nessa tendência, indicada por um novo aumento desse patamar em 2018. Ao longo dos anos, houve ainda uma redução da proporção de brasileiros que conseguem

fazer uso da leitura da escrita e das operações matemáticas em suas tarefas do cotidiano apenas em nível rudimentar (de 27% em 2001-2002 para um patamar estabilizado de pouco mais de 20% desde 2009). Indivíduos classificados nesses dois níveis de alfabetismo compõem um grupo denominado pelo INAF Analfabetos Funcionais.

Tabela 1 – Níveis de alfabetismo no Brasil conforme o INAF (2001-2018)

Nível	2001 2002	2002 2003	2003 2004	2004 2005	2007	2009	2011	2015	2018
BASE	2000	2000	2001	2002	2002	2002	2002	2002	2002
Analfabeto	12%	13%	12%	11%	9%	7%	6%	4%	8%
Rudimentar	27%	26%	26%	26%	25%	20%	21%	23%	22%
Elementar	28%	29%	30%	31%	32%	35%	37%	42%	34%
Intermediário	20%	21%	21%	21%	21%	27%	25%	23%	25%
Proficiente	12%	12%	12%	12%	13%	11%	11%	8%	12%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Analfabeto Funcional	39%	39%	37%	37%	34%	27%	27%	27%	29%
Funcionalmente Alfabetizados	61%	61%	63%	63%	66%	73%	73%	73%	71%

Fonte: Inaf 2001-2018

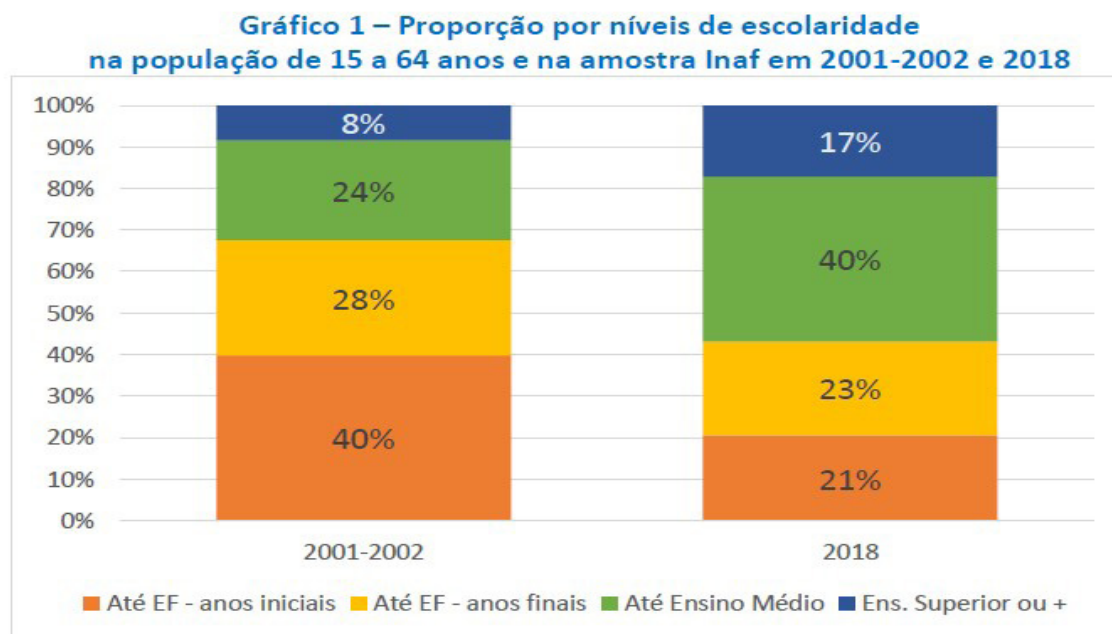
Os Analfabetos Funcionais – equivalentes, em 2018, a cerca de 3 em cada 10 brasileiros – têm muita dificuldade para fazer uso da leitura e da escrita e das operações matemáticas em situações da vida cotidiana, como reconhecer informações em um cartaz ou folheto ou ainda fazer operações aritméticas simples com valores de grandeza superior às centenas.

Vale destacar ainda que, ao longo dos anos, verificou-se um lento crescimento e uma estagnação a partir de 2009 do crescimento da população que poderia ser considerada Funcionalmente Alfabetizada. No estudo de 2001-2002, 61% dos entrevistados foram considerados Funcionalmente Alfabetizados; em 2007, 66%; e, nos três estudos realizados entre 2009 e 2015, o percentual de Funcionalmente Alfabetizados ficou estável em 73%, para, em 2018, apresentar uma pequena oscilação negativa. Em síntese, apenas 7 entre 10 brasileiros e brasileiras entre 15 e 64 anos podem ser considerados Funcionalmente Alfabetizados conforme a metodologia do Inaf pela estimativa de 2018.

Em termos educacionais, 37% declararam estar cursando ou ter cursado os anos iniciais ou finais do Ensino Fundamental, 40% o Ensino Médio e 17% a educação superior. De modo geral, o perfil da população e da amostra variaram pouco significativamente ao longo desses 17 anos nas principais variáveis demográficas, exceção feita à variável escolaridade, que reflete a sensível elevação do número de pessoas que chegam aos níveis mais elevados da educação formal.

Essa tendência está claramente refletida no Gráfico 1, que mostra a variação do perfil da amostra entre a primeira edição do Inaf em 2001 e a mais recente, em 2018, em relação à escolaridade.

Gráfico 1 – Proporção por níveis de escolaridade na população de 15 a 64 anos e na amostra Inaf em 2001-2002 e 2018



Fonte: Inaf 2001-2002 e 2018

A proporção de brasileiros entre 15 e 64 anos com, no máximo, os 4 ou 5 primeiros anos do Ensino Fundamental passou de 40%, em 2001-2002, para 21% em 2018, enquanto a daqueles que ingressaram ou concluíram o Ensino Médio ampliou de 24% para 40%.

No mesmo período, passa de 8% para 17% a proporção dos que chegam, concluem ou superaram o Ensino Superior.

A evolução da série histórica da edição 2018 do Inaf – a décima desde 2001 – que retrata os níveis de alfabetismo da população brasileira adulta apresenta dados inéditos e complementares que evidenciam cada vez mais a necessidade de implementar e fortalecer estratégias que combinem políticas públicas e iniciativas da sociedade civil capazes de assegurar a incorporação de crescentes parcelas de brasileiros à cultura letrada, à sociedade da informação, à cidadania plena, à participação social e política e ao leque de oportunidades de trabalho digno, responsável e criativo.

De acordo com o IBGE, a população brasileira atingirá, em 2020, cerca de 211 milhões de habitantes. Com base nessas estimativas, a faixa etária entre 15 e 64 anos, objeto da pesquisa do Inaf 2018, alcançará 145 milhões de pessoas, o que sinaliza que o índice de 29% identificado no estudo realizado pelo Instituto Paulo Montenegro como Analfabeto Funcional impactará 42 milhões de pessoas que não conseguem fazer uso da leitura da escrita e de operações matemáticas simples, representando um fator crítico nas relações interpessoais (conversas) entre médicos e pacientes.

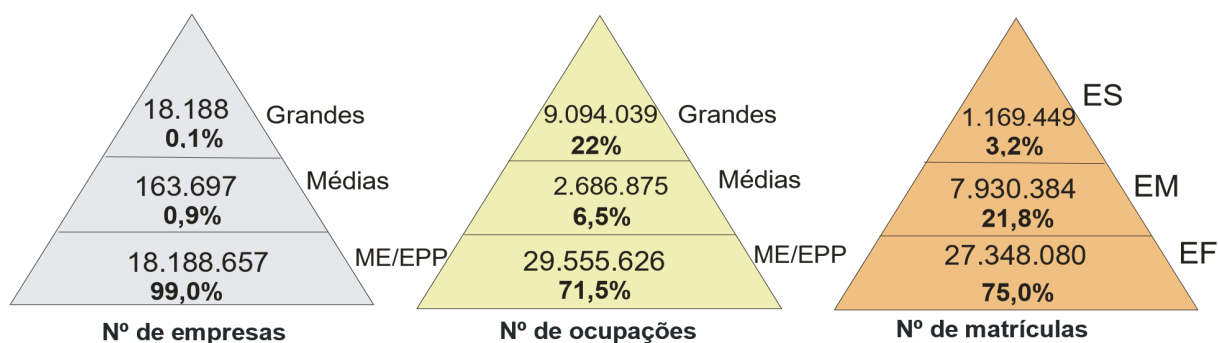
Pirâmides Empresarial, Ocupacional e Educacional

Os números apresentados pelo estudo Análise Situacional dos Indicadores das Pirâmides Empresarial, Ocupacional e Educacional no Brasil, desenvolvido pelo Centro de Estudos e Pesquisas

de Mercado da Associação Brasileira de Franqueados – Asbraf – (Figura 1) revelam um diagnóstico bastante preocupante quanto ao elevado índice de evasão escolar nos três níveis de ensino: Ensino Fundamental, Ensino Médio e Ensino Superior.

As taxas de evasão escolar, considerando-se as matrículas de 2017 no Ensino Fundamental e Médio e de 2016 no ensino superior, demonstram 71,0%, representando que 19.417.696 dos alunos matriculados no Ensino Fundamental não ingressaram no Ensino Médio. 85,25% dos alunos matriculados no Ensino Médio, 6.760.935, não atingiram o Ensino Superior, o que indica que somente 1.169.449, que corresponde a 14,74% dos alunos matriculados no Ensino Médio, ingressaram no Ensino Superior.

Figura 1 - Brasil: Educação, Empresas e Ocupações



EF = Ensino Fundamental EM = Ensino Médio ES = Ensino Superior

ME = Microempresa EPP = Empresa de Pequeno Porte

Fonte: Associação Brasileira de Franqueados – Asbraf

Os números indicam que milhões de jovens e adultos classificados como analfabetos funcionais ficam à margem do sistema educacional brasileiro. Um processo seletivo afunilado, alicerçado nas desigualdades sociais e na necessidade de sobrevivência dificulta o acesso desse contingente de pessoas a ocupações e empregos. O baixo nível de escolaridade, representado por insuficientes anos de estudos, impede uma formação adequada, com a conseqüente falta de conhecimentos para acesso aos direitos fundamentais e inalienáveis que lhe cabem, como o direito à saúde, o direito à vida, a uma existência digna.

Esse significativo contingente de pessoas que lutam para obter o domínio básico da escrita, leitura e cálculos, desconhece as competências mínimas requeridas das novas tecnologias para realização do atendimento remoto da Telemedicina, cujo processamento ocorre por meio da combinação de equipamentos digitais, softwares, plataforma, internet e especialista qualificado, enquadrando-se no novo fenômeno da exclusão socioeconômica denominado analfabetismo digital.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A velocidade com que as informações giram o mundo e as constantes e espantosas inovações (bio) tecnológicas têm influenciado sobremaneira a prática médica e, especialmente, o próprio direito

à saúde, criando inevitáveis tensões entre direitos fundamentais, produzindo expectativas nem sempre legítimas e colocando em risco até mesmo a noção de dignidade da pessoa humana.

Os registros e evidências de inúmeros casos e situações de conflitos indicam com clareza que os protagonistas da relação médico-paciente estão diametralmente em lados opostos e fortalecidos por uma dicotomia entre o clássico paternalismo e o incipiente reconhecimento da autonomia do paciente.

Os referenciais teóricos, as indicações técnicas dos estudos e pesquisas, as resoluções e recomendações dos órgãos normativos, as regras e normas éticas do Código de Ética Médica, citadas como fontes de referência neste trabalho, demonstram que a falta de intercomplementaridade e comportamento colaborativo na relação médico-paciente, guarda estreita relação com fatores socioeconômicos e culturais e com o modelo de formação profissional adotado pelas escolas médicas que se baseia em teorias de aprendizagem com foco em competências cognitivas (aprender a conhecer) e de aplicação (aprender a fazer), em detrimento de competências atitudinais (aprender a ser/conviver).

O Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI – 1998, coordenada por Jacques Delors (1997), fundamenta a educação em quatro pilares: **Aprender a conhecer** – aprender a conhecer levando em conta as rápidas alterações provocadas pelo progresso científico e as novas formas de atividade econômica e social, conciliando uma cultura geral suficientemente vasta com a possibilidade de dominar, profundamente, um reduzido número de assuntos. **Aprender a ser** – o século XXI exigirá de todos grande capacidade de autonomia e discernimento, juntamente com o esforço da responsabilidade pessoal (...) e não deixar de explorar nenhum dos talentos que constituem tesouros escondidos no interior de cada ser humano: memória, raciocínio, imaginação, capacidades físicas, sentido estético, facilidade de comunicação com os outros, carisma para animador etc., o que só vem confirmar a necessidade de cada um se conhecer e compreender melhor (DELORS, 1997). **Aprender a conviver** – trata-se de aprender a viver junto com o outro, desenvolvendo o conhecimento dos outros, da sua história, tradições e espiritualidade. E, a partir daí, criar um espírito novo que, fundamentado na percepção das nossas crescentes interdependências, na análise partilhada dos riscos e dos desafios do futuro, conduz à realização de projetos comuns ou, então, a uma gestão inteligente e apaziguadora dos inevitáveis conflitos (DELORS, 1997). **Aprender a fazer** – adquirir uma competência mais ampla, que prepare o indivíduo para enfrentar numerosas situações, muitas delas imprevisíveis (DELORS, 1997).

A adoção de uma Concepção Pedagógica Integrada com a inclusão da dimensão Aprender a Ser/Conviver nos currículos das escolas médicas brasileiras será determinante para o desenvolvimento das competências de relacionamento interpessoal e a motivação do profissional médico no relacionamento com pacientes.

A dimensão Aprender a Ser/Conviver trabalha com conceitos de interdependência e inter-relacionamento entre os seres. Envolve o aprofundamento dos conhecimentos sobre a teia de relações ecológicas, sociais, políticas, profissionais, mercadológicas, de comunicação, culturais, afetivas, que demonstram a total interdependência entre os seres vivos, entre si e o seu ambiente. O desenvolvimento da dimensão **ser** envolve todas as atividades que tenham significado para o sujeito, que lhe despertam atenção, envolvendo seus sentimentos e emoções. Nessa dimensão, incluem-se as atitudes

e as percepções que o indivíduo tem sobre si mesmo e sobre os outros e sua capacidade de **conviver** em seus vários ambientes: familiar, profissional e social. Aprender a viver juntos envolve as relações das pessoas entre si, o que resulta em sinergia, em um ambiente de aprendizagem que prepara as pessoas para resolução de conflitos, para a descoberta progressiva do outro, respeitando seu desenvolvimento e participando de projetos comuns.

A incorporação de disciplinas humanísticas nos cursos de formação de médicos seguramente contribuirá para o fortalecimento dos atributos da autonomia do paciente e dever de informação do médico, fatores críticos de sucesso no processo de tomada de decisões compartilhadas entre médicos e pacientes.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. *O homem diante da morte*. São Paulo: Unesp, 2014.

BAGGIO, Andreza Cristina; RIVABEM, Fernanda. Paternalismo e Autonomia – Uma Falsa Dicotomia? *VIII Congresso Mundial de Bioética*. Gijón, Espanha, 2013. Disponível em: <http://unicuritiba.faladireito.blogspot.com/2013/04/paternalismo-e-autonomia-umafalsa.html>.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. v. 38. n. 1. 2010.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRUM, Amanda Netto; LEITE, Silvia Gomes Terra. Humanização do Cuidado: o Desvelar da Relação Médico-Paciente. *Portal Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15417

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016* Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília. 21 de janeiro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.156, de 17 de novembro de 2016*. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Brasília, 2016.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E A BIOMEDICINA, Estados Membros do Conselho da Europa. Oviedo. Abril. 1997.

DADALTO, Luciana. Considerações Médicas, Éticas e Jurídicas sobre Decisões de Fim de Vida em Pacientes Pediátricos. *Revista Bioética*. vol. 26 n.1 Brasília Jan./Mar. 2018.

DADALTO, Luciana. Morte Digna Para Quem? O Direito Fundamental de Escolha do Próprio Fim. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. v.24. n. 3. jul/set 2019. p. 1-11.

DANTAS, Eduardo. Muito Barulho por Nada? Uma Análise Crítica do Novo Código de Ética. *Trabalhos Forenses/Case Studies. Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 12, n. 1 p. 189-204, Mar/Jun, 2011.

DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. *Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial)*. *Revista de Direito Médico e de Saúde* nº 21. Anadem/UCA/Apedimes. Brasília – DF. Julho de 2020.

DATASEBRAE. *Perfil e Emprego dos Pequenos Negócios*. Brasília. 2019.

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE. Associação Médica Mundial. Helsinque. Junho 1964.

DELORS, Jacques (coord.). *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. José Carlos Eufrázio (Trad.). São Paulo: Cortez Editora. Brasília: Unesco, 1998.

ESPOSITO C. Finito. In: MARASSI M. *Enciclopédia filosófica*. Milano: Bompiani; 2006. vol. 5, p. 294-305.

GARAY, Oscar E. *Derechos Fundamentales de Los Pacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HEIDEGGER M. Sein und Zeit. Tübingen: Max Niemeyer; 2001 *Revista Brasileira de Cancerologia*. vol. 58, n. 1, 2012, p. 74.

INAF. *Indicador de Alfabetismo Funcional – INAF BRASIL 2018 – Resultados Preliminares*. Instituto Paulo Montenegro. Rio de Janeiro. 2018.

INAF. *Indicador de Alfabetismo Funcional: Estudo Especial sobre alfabetismo e mundo do trabalho*. Instituto Paulo Montenegro - Ação Social IBOPE - São Paulo, maio 2016.

KHOURI, Paulo Roque. Erro Médico: negligência, imprudência e imperícia médica. *Informativo Jurídico Consulex*, v. 13, n. 49, 13 dez. 1999.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. (Coord. Ives Gandra da Silva Martins). Rio de Janeiro, ano 5, n. 20, 4º trim. 2005.

LIMA, Maria de Lourdes Feitosa. *Bioética e o Fim da Vida: O Debate Sobre a Tomada de Decisão, às Portas do Infinito*. Dissertação defendida e aprovada em 28 de janeiro de 2013 na Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz.

LOPES, Antonio Carlos. Sociedade Brasileira de Clínica Médica. BCM. *A Humanização na Formação do Médico*. 2021. Disponível em: www.sbcm.org.br/v2/index.php/artigos/2007-a-humanizacao-da-medicina.

MEC. Ministério da Educação. *Censo da Educação Superior 2016*. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

MEC. Ministério da Educação. *Censo Escolar 2017*. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MORI M. Manuale di bioética. Verso una civiltà biomédica secolarizzata. Firenze: Le Lettere; 2010. In *Revista Brasileira de Cancerologia* v. 58, n. 1, 2012, p. 75.

PESSINI, Leo. *Eutanásia: por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2004.

RAMALHO, José Antonio. *Análise Situacional dos Indicadores das Pirâmides Empresarial, Ocupacional e Educacional no Brasil*. Centro de Estudos e Pesquisas de Mercado da Associação Brasileira de Franqueados – Asbraf. Brasília – DF. Agosto 2019.

SCHRAMM, Fermin Roland. Finitude e Bioética do Fim da Vida. *Revista Brasileira de Cancerologia*. v. 58, n. 1. 2012.

SGRECCIA, E. *Manual de bioética*. I- Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão (org.). *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. Rio de Janeiro: Almedina, 2017. p.101-129.

WICKERT, Maria Lúcia Scarpini; *Referenciais Educacionais do SEBRAE*: versão 2006. Brasília – DF.

RESUMO

Hodiernamente, não são raras as divergências nos âmbitos médicos, jurídicos e social acerca da área obstétrica, tendo em vista ser uma das especialidades mais demandadas juridicamente. Neste diapasão, o problema a ser enfrentado neste trabalho versa acerca da análise da Resolução do Conselho Federal de Medicina publicada em 16 de setembro de 2019 sob o número 2.232, a qual estabeleceu normas e orientações para os profissionais médicos para a recusa terapêutica por gestantes. Tais dispositivos serão abordados neste documento tendo como parâmetros os direitos da personalidade, o princípio da bioética da autonomia da gestante, e, por fim, o princípio do sigilo médico-paciente. Portanto, o presente trabalho busca elucidar a afronta principiológica da Resolução nº 2.232/2019, editada pelo Conselho Federal de Medicina, notadamente os artigos 5^a, § 2º, 6º e 10º, os quais, em síntese, cerceiam a autonomia das mulheres gestantes.

Palavras-chave: Gestante. Autonomia. Resolução. CFM

1 Artigo científico apresentado ao curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico e Odontológico da Universidade Cooperativa da Anadem como requisito parcial à obtenção do título de especialista.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF.

1 INTRODUÇÃO

No dia 1º de setembro de 2019, foi publicado no Diário Oficial da União a Resolução nº 2.232/2019 (BRASIL, 2019), do Conselho Federal de Medicina -CFM, a qual estabeleceu normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Para tanto, a Resolução CFM nº 2.232/2019 considerou, dentre outros motivos, que a Constituição Federal BRASIL, 1988), em seu artigo 1º, III, elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, que o Código Penal, em especial o inciso I do § 3º do art. 146, exclui a tipicidade da conduta nos casos de intervenção médica sem o consentimento do paciente, se justificada por iminente perigo de morte, que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina, pelo prestígio e pelo bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente.

Notadamente o artigo 5º da referida Resolução determina que a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Determina ainda em seu artigo 6º que o médico, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto, e determina que na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência, e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente (BRASIL, 2019).

Portanto, tais dispositivos permitem ao médico discordar da gestante, conseqüentemente, submetê-la ao procedimento que o profissional desejar, ainda que não haja o consentimento da paciente, bem como há possibilidade da quebra do sigilo entre o profissional médico e paciente ao permitir que aquele comunique a decisão de rejeição ao diretor técnico.

O imbróglio desse permissivo legal reside no fato de que há diversas ações judiciais³ relacionadas à gestação e à humanização do nascimento, nos quais há relatos de mulheres que tiveram sua integridade psicológica e física violada por profissionais médicos durante o parto quando estes ignoraram as determinações e escolhas da parturiente por meio de atos coercitivos, tais como uso rotineiro de ocitocina, manobra de Kristeler, episiotomias sem necessidade, entre outras práticas.

Dessa maneira, no que tange à gestante e ao atendimento ao parto, surge a indagação acerca da aplicação dos dispositivos acima transcritos da Resolução CFM nº 2.232/2019, pois há possibilidade de esses artigos infringirem os princípios fundamentais preconizados na legislação, notadamente na Constituição Federal, bem como contrariar as políticas de humanização do nascimento orientadas pelo Ministério da Saúde, além de possibilitar atos contrários à autonomia da parturiente e a fragilização do dever de sigilo entre o profissional médico e a paciente.

³ Exemplos: Inquérito Civil nº 1.34.001.007752/2013-81 PR/SP; Ação Civil Pública nº 0017488-30.2010.4.03.6100. Inquérito Civil nº 1.30.001.000689/2019-96 PR/RJ.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo o Doutrinador Salet (SALET; MARIONI; MITIDIERO, 2013, p. 261), o termo direito fundamental se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* guarda relação com os documentos de direito internacional.

Portanto, o direito humano independe de vinculação a ordem constitucional, pois são abrangentes universalmente a todo indivíduo, de tal sorte que este revela um caráter supranacional. Já os direitos fundamentais são o conjunto de direito e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, com caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Dentre os Direitos Fundamentais há os Direitos da Personalidade, que têm como escopo tutelar a essência do indivíduo, por exemplo, a vida, a liberdade e suas crenças, ou seja, aqueles valores essenciais da personalidade humana (AMARAL, 2004, p. 257). Pode-se concluir, portanto, que são subjetivos, dado que as crenças e vontades de cada indivíduo são distintos.

Os direitos da personalidade têm o intuito de resguardar os valores essenciais da pessoa humana, ou seja, protegem a esfera nuclear da personalidade, da dignidade e liberdade humana, o que permite colocar, lado a lado, tanto os direitos à vida e integridade física e psíquica quanto os demais direitos de caráter pessoal, como intimidade, honra e imagem.

O Doutrinador Caio Mário da Silva assim define os direitos da personalidade:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra (PEREIRA, 2011).

A Constituição Federal de 1988 destacou expressamente a proteção aos direitos da personalidade quando descreve em seu artigo 5º, X, “que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

O Código Civil Brasileiro (2002) dedica um capítulo aos direitos da personalidade, disciplinando atos de disposição do próprio corpo, o direito à não submissão a tratamento médico de risco, o direito ao nome e ao pseudônimo, a proteção à palavra e à imagem e a proteção à intimidade (BRASIL, 2002).

O Doutrinador Fabio Ulhoa (COELHO, 2020) sintetiza os direitos da personalidade como sendo absolutos e oponíveis contra todos, ou seja, *erga omnes*. Além disso, ensina que eles são vitais e imprescritíveis, portanto, o ofendido terá guarita judicial para defender seus direitos por toda a vida, bem como não perderá o direito de demandar contra o ofensor, independentemente do lapso temporal. Por fim, destaca que são, em sua maioria, classificados como extrapatrimoniais, insuscetíveis de avaliação econômica em dinheiro e irrenunciáveis, dada a sua indisponibilidade.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012), as características de intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais decorrem do fato de os titulares não poderem dispor, transmitir para terceiros, renunciar ou abandonar, pois tais direitos são inerentes ao ser humano. Há exceções para esses atributos, por exemplo, a possibilidade de transplantes de órgãos, autorização do uso de imagem e alteração do nome.

Já a característica absoluta dos direitos fundamentais é consequência de serem *erga omnes*, ou seja, o ofendido poderá se opor contra qualquer ofensor, exigindo perante todos um dever de respeito. Além disso, esses direitos são ilimitados, pois, na visão do Doutrinador Gonçalves (2012), o rol disposto nos artigos 11 a 21 do Código Civil é meramente exemplificativo.

Os direitos da personalidade também são imprescritíveis, dado que não se extinguem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los. São impenhoráveis, pois são inerentes ao ser humano e impossíveis de se separar desse indivíduo, da mesma maneira são impossíveis de serem desapropriados por se ligarem à pessoa humana de modo inseparável (GONÇALVES, 2012).

Por fim, são vitalícios, pois os direitos da personalidade são adquiridos no momento da concepção até a morte. Inclusive, depois da morte, alguns dos direitos são salvaguardados, por exemplo, a obrigatoriedade do respeito ao morto, à sua honra ou memória.

Conclui-se, portanto, que os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

O artigo 15 do Código Civil dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (BRASIL, 2002). Segundo Silvio Rodrigues (2002), para o paciente essa disposição se situa no campo do direito da personalidade, ao passo que para o médico constitui uma restrição de atuação sem autorização expressa do paciente.

Portanto, a regra disposta no Código Civil obriga os profissionais médicos a não atuarem sem a prévia autorização do paciente, pois este tem a prerrogativa de aceitar ou não o tratamento proposto, ou seja, o indivíduo tem domínio e proteção legal sobre o próprio corpo.

A Resolução nº 2.232/2019 do CFM determina que a recusa terapêutica manifestada pela gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto. Em que pese existir as considerações e direitos dos nascituros, há necessidade de analisar os direitos da personalidade e saúde materna da mulher.

Há diversas ações judiciais no Brasil que revelam que profissionais da saúde, ao invés de adotarem práticas de Atenção ao Parto e Nascimento associados ao consentimento da parturiente, optam por impor procedimentos médicos sem a devida anuência da paciente. Pode-se citar, por exemplo, o uso de ocitocina para acelerar o parto, conduta desaconselhada e advertida pela Organização Mundial da Saúde (BITTENCOURT, 2014).

A Resolução CFM nº 2.232/2019 permitiu, portanto, que o médico discorde da mulher/parturiente e submeta ao procedimento que julgar válido, ignorando o desejo e consentimento da paciente.

Portanto, há o afastamento da autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo. Dessa maneira, urge o apelo ao direito da personalidade, pois este permite equiparar o direito à integridade física da gestante ao lado do direito da sua autonomia de escolha do tratamento, intervenção ou procedi-

mento médico.

Em suma, o direito à personalidade é o norteador da essência do indivíduo, ou seja, é a imposição de suas escolhas pessoais perante a sociedade para definir quem é, qual sua essência, quais decisões serão tomadas em relação a si, ou seja, é a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe a Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, dentre eles o da personalidade, não são absolutos, pois em determinados casos haverá colisão entre eles, devendo, dessa forma, o titular decidir qual Direito Fundamental irá preservar, abdicando, por outro lado, do outro. Assim, cabe à gestante dispor sobre seu próprio corpo quando houver necessidade de intervenção médica, dado que a consequência de abdicar de um direito em desfavor do outro lhe recairá.

Dessa maneira, a recusa ao tratamento médico pela gestante, à luz do direito fundamental da personalidade, trata-se, portanto, da concretização da autonomia do paciente, ou seja, a autodeterminação de sua escolha/decisão e crença.

3 PRINCÍPIO BIOÉTICO DA AUTONOMIA DO PACIENTE/GESTANTE

Um dos conceitos que definem a ética da vida, ou seja, a Bioética, é que esse ramo de estudo, tem como objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, identificar os valores de referência racionalmente proponíveis e denunciar os riscos das possíveis aplicações práticas (LEONE; PRIVITERA; CUNHA, 2001).

A Bioética contemporânea determina a necessidade de respeitar os valores individuais do ser humano, preconizando e incentivando o questionamento acerca do processo de relação médico e paciente, em desfavor da obediência cega ou aceitação de ideias de outrem hierarquicamente superior (DANTAS, 2019, p. 359).

O Código de Ética Médica (2018)⁴ impõe que a atenção do médico deve ser voltada à saúde do ser humano e não do paciente. Pode parecer que não existe distinção entre o objetivo do profissional de saúde, mas a diferença reside na visão humanística consagrada pelo princípio da Bioética de não maleficência, ou seja, *primum non nocere* (antes de mais nada, não prejudicar).

Para alguns autores, a Bioética foi construída sobre três princípios: beneficência, justiça e autonomia (UNESCO, 2005).

O princípio da beneficência dispõe que qualquer tratamento médico deve ter o escopo de fazer o maior bem possível e evitar todo e qualquer mal, por exemplo, a amputação de um membro para salvar a vida. Já o princípio da justiça assevera que o médico deve agir com equidade, isto é, reconhecer que há diferenças entre pacientes, bem como cada um apresentará necessidades distintas, por exemplo, adequar o modo de explicar o diagnóstico diante de pessoas que possuem dificuldades intelectuais para assimilar termos técnicos.

De acordo com o princípio da autonomia, as pessoas têm liberdade de decisão sobre sua vida, ou seja, é a capacidade de autodeterminação de uma pessoa acerca do que ela quer, da sua própria vontade ou escolha, livre de qualquer interferência ou influência de outras pessoas.

⁴ Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217, de 1º de novembro de 2018.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005) assevera que o bem-estar e os interesses das pessoas devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência. Além disso, dispõe ainda que as liberdades fundamentais devem ser totalmente respeitadas.

Pode concluir, portanto, que o interesse, o desejo e a escolha do paciente devem prevalecer sobre o interesse médico.

Tem-se na Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos a emanção do princípio da autonomia, que determina que os indivíduos que tenham capacidade de deliberar sobre suas escolhas pessoais devem ter suas decisões acatadas, ainda que o profissional médico opte por outra escolha. Orienta ainda que as pessoas devem ter o direito de decidir sobre as questões relacionadas a seu corpo, vida e psique, bem como a escolha deve ser respeitada.

A autonomia, no tocante à área médica, se expressa ao máximo na recusa de tratamento oposta pelo paciente. Tal decisão encontra amparo na Constituição Federal, notadamente nos artigos 5º, II, VI, VIII (BRASIL, 1988). Lê-se:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Além disso, o Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) veda expressamente que o médico deixe de assegurar ao paciente o exercício do direito da autonomia da decisão, ou seja, de escolher sobre o seu corpo e bem-estar, bem como está preconizado no Capítulo dos Princípios Fundamentais a obrigatoriedade de o médico acatar as escolhas do paciente no processo de tomada de decisões.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

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.

Ademais, a autonomia das gestantes consta no Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia produzida pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), por intermédio de seu Comitê para assuntos éticos da Reprodução Humana e Saúde da Mulher, e referendado no Brasil (CREMESP, s.d.).

Lê-se:

2. O princípio da autonomia enfatiza o importante papel que a mulher deve adotar na tomada de decisões, com respeito aos cuidados de sua saúde. Os médicos deverão observar a vulnerabilidade feminina, solicitando expressamente sua opção e respeitando suas opiniões;

3. Quando for solicitada decisão relativa a cuidados médicos, as mulheres deverão receber informação completa sobre as várias opções terapêuticas disponíveis, incluindo seus riscos e benefícios;

6. Além de oferecer cuidados ginecológicos e obstétricos, os profissionais têm a responsabilidade de considerar o bem-estar da mulher e sua satisfação psicológica;

Ocorre que a Resolução CFM nº 2.232/2019 assim dispôs:

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

A Resolução CFM nº 2.232/2019 conferiu ao médico uma liberdade ilimitada de atuação profissional durante a assistência ao parto, na medida em que a gestante jamais terá a oportunidade de se opor à decisão do profissional de saúde, pois, em qualquer contexto, pode o profissional alegar que a recusa da mãe é ato de abuso de direito, impondo às parturientes a prática médica por elas não consentidas.

Dessa maneira, esse normativo constitui violação ao conteúdo ético-normativo da autonomia da gestante na medida em que decisões ou recusa de tratamento, intervenção ou qualquer ato médico é de gerência da própria paciente, tendo em vista tratar-se de escolhas sobre o próprio corpo.

A expressão “abuso de direito”, que permite ao profissional médico se basear para decidir, sob a ótica do binômio mãe/feto, desconsidera totalmente os limites legais impostos pelo artigo 31 do Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) “(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”, que estabelece a vedação ao médico de praticar atos contrários à decisão do paciente.

Dessa maneira, os artigos da Resolução CFM nº 2.232/2019 transcritos desconsideram a exigência legal do *iminente risco de morte* contidos no Código de Ética Médica ao permitirem a atuação irrestrita do médico sob o manto de a decisão da gestante ser considerada subjetivamente pelo profissional de saúde como abuso de direito.

A Resolução CFM nº 2.232/2019, em seus artigos 5º e 10º, traz, portanto, determinações contrárias ao que o próprio Código de Ética Médica preconiza, pois ignoraram integralmente a autonomia da gestante/parturiente sobre as decisões que atingem seu próprio corpo, afastando, inclusive, as decisões que podem atingir o nascituro.

Antes mesmo da Resolução CFM nº 2.232/2019 já existiam práticas médicas durante a assistência ao parto que eram questionadas pelas parturientes. Com o advento desse permissivo legal, as condutas violadoras de direito da gestante só aumentarão.

Inclusive, contextualizando a prática de violação da autonomia da gestante, têm-se as Recomendações expedidas pelo Ministério Público Federal de São Paulo, no curso do Inquérito Civil nº 1.34.001.007752/2013-8, que analisaram as diversas denúncias de mulheres que tiveram suas integridades físicas e psicológicas violadas por profissionais da saúde durante a assistência ao parto, por meio de atos violentos e alheios às evidências científicas, tais como uso rotineiro de ocitocina para acelerar o parto, manobra de kristeller (consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê), episiotomias sem necessidade (corte na região períneo para saída mais rápida do nascituro), partos cirúrgicos desnecessários, bem como outras práticas nocivas empregadas durante o trabalho de parto.

Além disso, existem diversas ações judiciais ⁵ no Brasil que demonstram a abusividade na quantidade de realização de partos cirúrgicos na rede de saúde suplementar, muito acima dos valores preconizados pela Organização Mundial da Saúde.

Nos autos da Ação Civil Pública nº 5005407-46.2019.4.03.6100, por exemplo, restou demonstrado que a escolha da gestante pelo parto normal foi suprimida pela imposição da realização do parto cirúrgico desnecessário, o que expõe a parturiente e o nascituro a riscos maiores do que o parto normal. Segundo a Nota de Orientação à Gestante emitida pela Agência Nacional de Saúde (ANS, s.d.), “cesarianas triplicam o risco de morte materna, bem como que cerca de 25% dos óbitos neonatais e 16% dos óbitos infantis no Brasil estão relacionados à prematuridade”.

Portanto, a violência obstétrica pode ser caracterizada pelo desrespeito à privacidade e à liberdade de escolha da parturiente (DINIZ et al., 2015).

Uma pesquisa realizada pela Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte, Escola de Enfermagem da Universidade Federal de Minas Gerais, e a Universidade de São Paulo, publicada em agosto de 2019, sintetizou os dados da violência sofrida pelas gestantes entre junho de 2015 a janeiro de 2017, totalizando 555 entrevistadas (CIÊNCIA E SAÚDE COLETIVA, 2019, p. 2811-2824).

Segue o trecho do resultado da pesquisa.

A maioria das mulheres teve parto em hospital do Sistema de Saúde Suplementar (59,2%), 36,3% utilizaram o SUS e 4,5% tiveram parto domiciliar.

Entre o grupo de mulheres que teve parto vaginal, 46,4% ficaram na posição litotômica no momento do parto, em 23,7% foi realizada a manobra de Kristeller, em 30,4% foi realizada a episiotomia, e a realização desse procedimento não foi informada para 35,6% das mulheres

A categoria mais prevalente de VO⁶ (36,9%) foi imposição de intervenções não consentidas; intervenções aceitas com base em informações relatadas parciais ou distorcidas.

Nota-se que mais de um terço das mulheres sofreram a realização de procedimento do qual sequer foram informadas.

⁵ Processo nº 5005407-46.2019.4.03.6100. Ministério Público Federal em desfavor da Agência Nacional de Saúde Suplementar. 24ª Vara Cível Federal de São Paulo.

⁶ Violência Obstétrica.

Além disso, a pesquisa conclui que a categoria mais prevalente na violência obstétrica é justamente a imposição de intervenções não consentidas.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, s.d.) publicou o documento intitulado “Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde) que dispõe:

Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento.

O Diretor do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa da OMS, Ian Askew, em 2018, na boja das publicações de recomendações para estabelecer padrão de cuidado para mulheres grávidas e reduzir intervenções médicas desnecessárias, aduziu (OPAS, 2018).

Muitas mulheres querem um nascimento natural e preferem confiar em seus corpos para dar à luz, sem o auxílio de intervenção médica. Mesmo quando uma intervenção médica é desejada ou necessária, a inclusão das mulheres na tomada de decisões sobre os cuidados que recebem é importante para garantir que atinjam o objetivo de uma experiência positiva de parto.

Portanto, segundo a OMS, os procedimentos médicos coercitivos ou que não têm consentimento da gestante constituem violência e abuso do direito. Toda tomada de decisão deve ter a participação ativa da gestante, a fim de atingir uma boa experiência no parto, resguardando, portanto, a saúde física, mental e psíquica da mulher.

Neste sentido, o juízo da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo nos Autos da Ação Civil Pública nº 5021263-50.2019.4.03.6100, em que o Ministério Público Federal contende com o Conselho Federal de Medicina, decidiu liminarmente a suspensão parcial da eficácia dos artigos 6º e 10º da Resolução CFM nº 2.232/2019, em relação à assistência e atendimento ao parto, e determinou que somente o risco efetivo à vida ou saúde da gestante e/ou do feto deverá ser considerado como justificativa legal para afastar a escolha terapêutica da gestante em relação ao parto.

Dessa maneira, a Resolução CFM nº 2.232/2019, notadamente os artigos 5ª, § 2º resultam na ilegal restrição da liberdade de escolha terapêutica da gestante em relação ao parto, afrontam o princípio da autonomia da paciente, dado que violam dispositivos legais que exigem o risco iminente de morte para se sobrepor a escolha da paciente.

4 DO DEVER DE SIGILO

Pelo Juramento de Hipócrates, tradicionalmente dito solenemente por médicos na ocasião de sua formatura: “aquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto” (CRE-

MESP, s.d.). Dessa maneira, o Juramento de Hipócrates determina um dos princípios da tradição médica, ou seja, o sigilo médico.

Segundo Genival Veloso (FRANÇA, 2013), o sigilo médico é uma obrigação, pois os segredos assimilados e obtidos no exercício da profissão devem ser tutelados pelo estado, na medida que o estado deve garantir o amparo ao indivíduo na inviolabilidade desse segredo.

O objetivo do sigilo médico é estabelecer a confiança com o paciente, justamente para que haja o relacionamento tranquilo entre as partes, a fim de se obter o melhor tratamento.

Lê-se o trecho do livro do Doutrinador Genival Veloso:

É claro que existe um interesse comum na tutela do segredo, pois a discrição e a reserva de certos fatos assimilados no exercício de uma profissão visam à proteção e à defesa dos bens morais e materiais, e o estado está diretamente interessado em que o indivíduo encontre amparo e guarida na inviolabilidade desse sigilo. Há também, por certo, um interesse coletivo.

Por isso, o médico de hoje não pode deixar de aceitar o fato de que, nas sociedades organizadas, a medicina se converte, queira ou não, num autêntico serviço público, com suas conveniências e inconveniências, pois a vida e a saúde das pessoas são tuteladas pelo estado como um bem comum. (FRANÇA, 2013).

O Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) ainda dispõe:

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.
Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Ocorre que, assim como outros princípios relacionados ao médico e paciente, o sigilo médico não é absoluto, dado que o Código de Ética Médica permite a quebra dessa obrigação quando houver justo motivo, dever legal ou o consentimento, por escrito, da paciente.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento do RE 91.218-5SP (BRASIL, 1982)⁷, consignou que a obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso.

Portanto, o sigilo é um dever inerente à atuação médica, e sua violação pode ser caracterizada como infração ética. Porém, o próprio Código de Ética Médica permite a relativização do dever de sigilo em três situações: motivo justo, dever legal ou consentimento do paciente.

Entende-se por motivo justo (FRANÇA, 2013) o interesse de ordem moral ou social que autorize a quebra do sigilo, ou seja, é necessário o porquê da violação. Um exemplo é o caso de can-

⁷ Segredo profissional. A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. Recurso Extraordinário Criminal n. 91.218-5-SP.

didato a preenchimento de vaga de emprego para motorista de transporte coletivo que é portador de epilepsia. Neste caso, em tese, o Médico do Trabalho poderá se valer do motivo justo para comunicar a doença aos possíveis empregadores.

Já o dever legal (FRANÇA, 2013) é quando a quebra do sigilo é obrigatória por imposição de lei, constituindo crime a não comunicação. Por exemplo, a notificação compulsória de doenças transmissíveis.

Por fim, a última e terceira justificadora da quebra do sigilo médico é quando o próprio paciente anui com o ato, desde que o consentimento seja dado por escrito. A esse respeito, dispõe a Resolução CFM nº 1.650/2000 (BRASIL, 2000): “Art. 1º - O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica” (BRASIL, 2000).

O sigilo médico compreende, portanto, todas as confidencialidades tratadas entre o profissional e o paciente, bem como aquelas descobertas pelo médico sem a intenção de informar oriunda do paciente. Portanto, o segredo abrange tudo o que chega ao conhecimento do médico, no exercício da sua profissão. Dessa maneira, o dever de sigilo médico é a regra, que comporta raras exceções.

Ocorre que a Resolução CFM nº 2.232/2019, em seus artigos 6º e 10º, determina que, em casos de recusa terapêutica do paciente, o fato deverá ser registrado no prontuário e comunicado ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto. Determina ainda que a interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.

A Resolução supratranscrita permite ao médico que macule o mandamento do sigilo profissional ao registrar a recusa do paciente/gestante no prontuário e comunicar essa decisão ao diretor técnico, ou seja, este tomará conhecimento do caso e, sem o consentimento da gestante, criará uma nova relação médico/diretor técnico e paciente. Ainda que haja como parâmetro para tal violação a objeção de consciência ou a preservação do nascituro, não se pode afastar a relação médica com a gestante/parturiente de forma absoluta e taxativa.

Nota-se que a Resolução CFM nº 2.232/2019 não está em conformidade com nenhum dispositivo legal que permita a violação do sigilo médico-paciente, pois, a princípio, a recusa terapêutica manifestada pela gestante não é um motivo justo ou de imposição do dever legal para revelar os fatos da gestação a terceiros, ainda que o intuito do Conselho Federal de Medicina seja resguardar os direitos dos nascituros.

Neste sentido, o juízo da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo nos Autos da Ação Civil Pública nº 5021263-50.2019.4.03.6100, em que o Ministério Público Federal contende com o Conselho Federal de Medicina, decidiu liminarmente a suspensão parcial da eficácia dos artigos 6º e 10º da Resolução CFM nº 2.232/2019, em relação à assistência e atendimento ao parto, e determinou que somente o risco efetivo à vida ou saúde da gestante e/ou do feto deverá ser considerado como justificativa legal para afastar a escolha terapêutica da gestante em relação ao parto até o julgamento de mérito da demanda.

Além disso, a Recomendação nº 44/2019 emitida pelo Ministério Público Federal nos autos nº 1.34.001.007752/2013-81 recomenda que a assistência ao parto preconizada nos artigos 6º e 10º da Resolução CFM nº 2.232/2019 cesse o âmbito de sua incidência em relação as gestantes.

Dessa maneira, o texto atual da Resolução supramencionada permite ao profissional de saúde a violação ao sigilo médico-paciente, bem como expõe a privacidade das gestantes ao dispor que o médico poderá comunicar o fato ao diretor técnico, permitindo a interferência não autorizada por aquela na imposição do tratamento médico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trabalhar o direito das gestantes, notadamente os atributos da personalidade, a autonomia das parturientes e o dever do sigilo médico paciente, significou analisar o viés legal, bem como o impacto social da Resolução CFM nº 2.232/2019, pois **são inúmeras mulheres que são expostas aos procedimentos médicos sem o seu consentimento.**

Conclui-se, portanto, que é imperioso o consentimento da parturiente no processo de escolha de intervenções médicas durante o parto, dado que o direito da personalidade permite a mulheres dispor sobre o seu próprio corpo.

Ademais, a Resolução CFM nº 2.232/2019, notadamente os artigos 5ª, § 2º, resulta na ilegal restrição da liberdade de escolha terapêutica da gestante em relação ao parto, pois afronta o princípio da autonomia da paciente, além de permitir a violação ao sigilo médico-paciente quando esta discordar da orientação médica, sendo que, *a priori*, a escolha das intervenções do parto lhe pertence.

Dessa maneira, correta a decisão liminar proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível Federal de São Paulo nos Autos da Ação Civil Pública nº 5021263-50.2019.4.03.6100, que suspendeu parcialmente a eficácia dos artigos tratados neste artigo. Ainda não houve sentença nesses autos, mas é notório que é necessária uma análise jurídica, social e moral acerca da eficácia fática da Resolução CFM nº 2.232/2019.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ANS.GOV.BR. *Nota de Orientação à Gestante*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/RN_398atualizado.pdf
- BITTENCOURT, Claudia. *Condutas frequentemente utilizadas de forma inapropriadas*. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/voce-conhece-recomendacoes-da-oms-para-o-parto-normal>
- BRASIL. *Código Civil*. Artigo 15. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.
- BRASIL. *Código de Ética Médica*. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm
- BRASIL. *Constituição Federal Brasileira 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. *Resolução nº 2.232/2019, Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segredo profissional. Recurso Extraordinário Criminal n. 91.218-5-SP. 2ª Turma. Relator: Ministro Djaci Falcão. DJ, 16 abr. 1982. *Revista dos Tribunais*, 562/407-25.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 9.ed. *Revista dos Tribunais*. 2020.
- CREMESP. *Juramento de Hipócrates*. (s.d.). Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14_23_por.pdf?sequence=3.
- CREMESP. *Juramento de Hipócrates*. s.d. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>
- CREMESP. *Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia*. Princípios Fundamentais. Livros Cremesp. (s.d.) Disponível em https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=54
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2019.p.359.
- DINIZ, S.G et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human*

Growth and Development [periódico na internet]. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. Direitos da Personalidade. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. (Coords). *Dicionário de Bioética*. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Processo nº 5005407-46.2019.4.03.6100. *Ministério Público Federal em desfavor da Agência Nacional de Saúde Suplementar*. 24ª Vara Cível Federal de São Paulo.

OPAS, Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5596:oms-emite-recomendacoes-para-estabelecer-padrao-de-cuidado-para-mulheres-gravidas-e-reduzir-intervencoes-medicadas-desnecessarias&Itemid=820

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. OMS. *Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde*. s.d. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sequence=3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, Forense, 2011. p. 152.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Direito de Medicina*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra, 2002.

SALET. Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme. MTIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. *Revista dos Tribunais* São Paulo, 2013.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO. 19 de outubro de 2005. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf

Responsabilidade civil do médico - Erro médico

Civil responsibility of the physician - Medical error

Olnei Abdao¹

Hugo Rio Bretas²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o esclarecimento no que consiste o erro médico, considerando especialmente o contexto da Responsabilidade Civil no Brasil. Para o desenvolvimento desta pesquisa, imprescindível a análise bibliográfica bem como a busca por casos concretos, no sentido de criar compreensão acerca da atuação do Poder Judiciário diante das situações de erro médico. Passa-se, então, pela construção de conceitos de erro médico e culpa nas variadas esferas do Direito, possibilitando a percepção acerca da responsabilidade civil, tanto na modalidade de dano material quanto em relação aos danos morais, corporais, estéticos e existenciais. O objetivo é, portanto, elucidar questões envolvendo a responsabilidade civil por erro médico, pois emparedados pela demanda crescente da população, que exige o cumprimento de seus direitos constitucionais, e abandonados pelos gestores, incapazes até de utilizar adequadamente os orçamentos destinados à área. Os médicos atuam no limite e, não raras vezes, são induzidos a equívocos pela sobrecarga de trabalho e dificuldades estruturais. Outra hipótese gravita entre a judicialização e as denúncias de erro médico. A relação médico-paciente, pilar do atendimento, é sobre a qual repousa a base do contrato de confiança e respeito entre as partes, que anda fragilizada.

Palavras-chave: Erro médico. Responsabilidade Civil. Culpa.

1 Discente do curso de Pós-Graduação em Direito Médico e Odontológico, Pós-Graduação ministrada por Universidade Corporativa Anadem em parceria com Centro Universitário Unicambury.

2 Professor Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-Graduação ministrada por Universidade Corporativa Anadem em parceria com Centro Universitário Unicambury.

ABSTRACT

This article aims to clarify what constitutes medical error, especially considering the context of Civil Liability in Brazil. For the development of this research, it is essential the bibliographical analysis, as well as the search for concrete cases, in the sense of creating an understanding about the Judiciary Power's action against situations of medical error. It is then also the construction of concepts of medical error and guilt in the various spheres of law, making possible the understanding of civil liability, both in terms of material damage and in relation to moral, bodily, aesthetic and existential damages. The objective is, therefore, to elucidate questions involving civil liability for medical error, as they are emasculated by the growing demand of the population, which demands the fulfillment of their constitutional rights, and abandoned by managers, unable even to properly spend the budgets dedicated to the area, the physicians act on the edge and are not infrequently misled by work overload and structural difficulties. Another hypothesis gravitates between the judicialization and the allegations of medical error. The doctor-patient relationship, the pillar of care and on which lies the basis of the contract of trust and respect between the parties, is fragile.

Key words: Medical error. Civil responsibility. Fault.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido com o intuito de analisar o instituto da responsabilidade civil médica diante do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade civil do médico aplica-se de forma subjetiva em decorrência de uma obrigação de meio conforme preceitua o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não será suficiente que um agente simplesmente alegue o erro e o prejuízo, sem que se demonstre que o profissional contribuiu culposamente para tanto, relatando que não se utilizou dos corretos ensinamentos e métodos disponíveis da ciência médica na busca da cura e/ou reabilitação.

Pretende-se apontar e criticar as principais características da responsabilidade civil subjetiva, analisando seus efeitos e consequências. Também é analisado outro fundamento em sede de defesa do consumidor, os médicos são profissionais contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Também será analisada a percepção Jurisprudencial das demandas de indenização por dano moral, estético e existencial assim como as ações de indenização por danos materiais sobre a obrigação de meio em que o profissional não se obriga a um objetivo específico e determinado. O que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo, e o contratado se obriga a emprestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir êxito.

Para alcançar tais finalidades, buscou-se associar a discussão sobre a responsabilidade civil do médico e um intenso debate acerca da caracterização da obrigação médica como de meio ou de resultado, especialmente quando relacionada à medicina estética.

Neste sentido, busca-se abordar por meio da análise da responsabilidade civil médica diante do Código de Defesa do Consumidor os princípios de facilitação da tarefa de provar a culpa do prestador de serviços, na discussão da responsabilidade civil do médico, assim não se entendesse, estar-se-ia inviabilizando por completo toda e qualquer irresignação do paciente ou de sua família contra o atendimento recebido do profissional de saúde, porque, afora as dificuldades incrustadas na formação da prova como geralmente exigida, ainda haveria a necessidade de superar os incontáveis percalços que facilmente são antevistos quando se pretende fornecer ao julgador elementos robustos de convencimento em demandas ajuizadas contra profissionais liberais.

Assim sendo, também será analisada a necessidade de demonstração de culpa do médico; em alguns casos, o Código de Defesa do Consumidor faculta a possibilidade de inversão do ônus da prova. A prova de culpa do médico não pode se restar inviabilizada pelo paciente.

Ao analisar a responsabilidade civil médica diante do Código de Defesa do Consumidor que compreende a progressão do volume de demandas nos últimos anos envolvendo a discussão do suposto erro médico, muitas pessoas pedem a reparação somente pela ocorrência do dano, da não

realização de um resultado esperado, e não da prestação do serviço em sede contratual normatizada pelo CDC.

Tais progressões de demandas se orientam pelos dados estatísticos trazidos por Marcos Vinicius Coltri (2010) em seu ensaio “Alerta no Centro Cirúrgico”, que demonstram que, no Estado de São Paulo, houve o crescimento de 75% (setenta e cinco por cento) no número de denúncias e processos judiciais e de 120% (cento e vinte por cento) no de processos ético-profissionais, na última década.

À vista disso, grande parte das demandas estaria fundada na alegação de falta de informação por parte do profissional liberal. Ocorre que, tendo em vista os posicionamentos jurisprudenciais expostos, sempre em que não se restar comprovada a culpa médica, será incabível qualquer responsabilização.

Ressalte-se que a conduta deve ser seguida tanto pelo médico quanto pelo paciente, neste contexto, é de diálogo e informação. É imprescindível que o paciente seja detidamente esclarecido sobre os riscos e diagnósticos de seu tratamento, inclusive com a formulação do Termo de Consentimento Informado. Ademais, é importante que o médico se estruture para o exercício profissional.

Em razão disso, a responsabilidade civil do médico, com base no Código de Defesa do Consumidor, será estudada na culpa subjetiva, entre o profissional e o paciente, analisando o estabelecimento de uma obrigação de meio, sendo necessário o emprego de métodos adequados, atenção e zelo necessários, sem a garantia de cura.

Será analisada a importância de comparar a atividade de prestação de serviço médico com as definições legais de consumidor, fornecedor e serviço, consubstanciado pelo Código de Defesa do Consumidor, que reside em propiciar uma aproximação do paciente, da proteção dada pelo código, aos hipossuficientes, ou seja, aos consumidores. Responsabiliza-se civilmente o médico por um tratamento administrado inadequadamente e que, por consequência, trazer danos ao paciente.

O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 14 a responsabilidade por danos cometidas aos consumidores nas prestações de serviços de modo defeituoso. Conforme disciplina o mencionado artigo: “Art. 14”:

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

Seu debate se dá diante do aumento expressivo das demandas judiciais acerca do tema para demonstrar a necessidade de maior informação, tanto por parte de médicos como de pacientes, sendo que essa relação de consumo, dada a suma importância e relevância social, deve ser permeada de confiança, diálogo, esclarecimento exaustivo e preciso.

Assim, devido à responsabilidade ser subjetiva pelo prestador de serviço médico, o paciente, quando sofre um dano, deve provar a culpa do profissional, prejudicando-se o ressarcimento por parte da vítima, porque esta se encontra numa posição de hipossuficiência na relação, equiparando-se a um consumidor de serviço.

Será ainda debatida a contratação por parte do médico de Seguro de Responsabilidade Civil Profissional.

2 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É difícil precisar o histórico da Responsabilidade civil, mas podemos falar no Direito Romano, que, por todo o desenrolar de situações, como decisões de juízes e de pretores, respostas dos juristas, constituições imperiais, traz para os dias de hoje institutos que, estudados por romanos de todas as épocas, extraíram os princípios de toda sorte e vários conceitos.

A ideia de punir o dano vem do ordenamento mesopotâmico, como o Código de Hamurabi, instituindo contra o causador do dano um sofrimento similar. Um pouco mais à frente, temos a civilização helênica, que tinha um conceito de reparação do dano causado, com sentido puramente objetivo e independente da afronta a uma norma predeterminada.

O estudo sobre a responsabilidade civil não se baseia nesses sistemas citados, porque, se todas as nações se entrecruzaram, ainda é o Direito Romano o que oferece maiores subsídios a qualquer elaboração jurídica, uma vez que, de certo modo, foi a sabedoria romana que permitiu a criação de sistemas que nestes dois mil anos de civilização cristã vicejam no que se denomina civilização jurídica ocidental.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 2-5), no começo do Direito Romano prevaleceu a noção básica do delito. Só que, originalmente, a ideia principal era a vingança privada, sendo que as civilizações que o precederam não eram diferentes. O mal era punido com o mal, vê-se então que se praticava justiça com as próprias mãos, mas com a aprovação de todos.

E ainda: “O importante é determinar a ideia de ‘culpa’ e como ela surgiu”. Ao direito Romano interessava primitivamente, apurar a existência do *damnum*. (PEREIRA, 2001, p. 4).

Importante frisar acerca da evolução histórica de quaisquer áreas a afirmação de Pontes de Miranda (2012, p. 58): “O direito não é conteúdo de regras, mas vida; não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital”. Considerando tal premissa, entende-se o Direito como sendo uma ciência dinâmica, que deve estar apta a acompanhar as mudanças sociais, sob pena de ficar obsoleto e incapaz de reger a sociedade na qual se insere.

Falando especificamente da origem da responsabilidade civil do médico, de acordo com Eduardo Dantas (2014), desde as origens do homem e da medicina, existiu a necessidade constante de se realizar uma adequada avaliação do dano sofrido por um indivíduo, sendo que o primeiro documento histórico conhecido sobre tal tema é a *Ley de Ur Nammu*, no ano de 2050 a.C.

Agora, sem dúvida, se pode afirmar que a história da reparação do dano causado por erro médico começa a partir da existência do Código de Hamurabi, cuja data mais admitida como provável é o ano de 1.750 a.C. (DANTAS, 2014, p. 2).

Miguel Kfoury Neto afirma que o primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), que contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. (KFOURY NETO, 1998, p. 38).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL – PRINCÍPIOS GERAIS

Raul Canal, em sua obra intitulada “Erro Médico e Judicialização da Medicina, afirma que se configura praticamente como regra de consenso, tanto na doutrina quanto nas jurisprudências pátrias, que a responsabilidade civil do médico seja de natureza contratual. Em praticamente todo

o ordenamento jurídico, a caracterização da responsabilização civil tem por objetivos principais regular e dar forma à distribuição de resultado dos infortúnios. Diante de uma adversidade ou simples resultado nefasto ou diferente daquele esperado pelas partes, se faz necessário definir se quem experimentou o resultado deve suportar sozinho as suas consequências, ou se o resultado deve ser atribuído a outrem ou com ele compartilhado. (CANAL, 2014, p. 33).

Poderá também ser levado em conta o critério do risco, que caracteriza a responsabilidade objetiva ou extracontratual. Também a responsabilidade se reporta ao sentido de capacidade: o menor, não responde por seus atos, porque não possui capacidade, sendo que seus pais são responsáveis pela reparação civil dos filhos em sua guarda. Na responsabilidade civil, o que interessa saber é a responsabilidade que reflete na obrigação de indenizar.

Uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se atinge o causador do dano, ou indireta, quando atinge terceiro.

O Direito Penal apenas considera a responsabilidade direta. No Direito Penal, a noção de punição do terceiro não participante da conduta é completamente afastada no direito moderno, a pena não pode ir além do agente. No Direito Civil, terceiros somente podem ser apenados quando a lei expressamente o permitir. (VENOSA, 2000, p. 497-537)

O artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece o dever de indenizar com base na responsabilidade extracontratual no direito brasileiro: “Aquele, que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar o direito, e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.³

4 RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS

A responsabilidade civil não se limita apenas a reparar danos materiais sofridos a terceiros. Neste ponto, há de se falar do “dano moral” como importante possibilidade de reparação na esfera cível.

O dano moral após a Constituição de 1988 (art. 5º, X) ganhou enorme dimensão. Antes da Constituição de 1988, grande massa jurisprudencial rejeitava a reparação de danos exclusivamente morais.

Costuma-se confundir dano moral com a ofensa à honra subjetiva (à moral) do indivíduo. Na verdade, o dano moral se configura em uma lesão a bens não patrimoniais do paciente. Dentro do dano moral, temos reparações por prejuízos causados à honra, ao intelecto, ao direito de ir e vir.

Levando em conta que o dano moral atinge também o psiquismo da pessoa, existe grande discussão sobre o fato de uma pessoa jurídica poder ser vítima de tal dano. Atualmente apenas o ataque da honra objetiva, o ataque ao nome e à reputação são motivos para danos morais, não sendo aplicado à pessoa jurídica, ao menos em regra, os direitos personalíssimos (VENOSA, 2000, p. 514-516).

³ Destaca, por oportuno, o entendimento de Alvino Lima. Apesar de a maioria dos doutrinadores entenderem pela tese de que a culpa é “requisito essencial ao direito de reparação do dano causado”, outros (Emilio Betti, Mario Cozzi e Leon, ad exemplum), em via oposta, acreditam que “este elemento teria sido introduzido, pouco a pouco, por força da interpretação, à vista das necessidades sociais”. Por fim, aponta o referido autor que “A discussão sobre o assunto tem apenas interesse teórico [...]”. (LIMA, 1998, p. 23-24).

O dano moral em nosso ordenamento tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do recebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benefícios para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa.

Diferentemente do dano material, que é objetivo e mensurável, o dano moral é totalmente subjetivo e sua avaliação, embora se fundamente muitas vezes em alguns parâmetros objetivos, entrega-se à total subjetividade e bom senso do julgador. Diferentemente também do dano material, que necessita ser provado, o dano moral é presumido e independe de prova. No mesmo sentido, podemos colocar o dano moral como sendo lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo.

Os parâmetros utilizados pelo magistrado devem observar, entre outras tantas coisas que o caso concreto indicar, duas variáveis específicas, a condição financeira do ofensor, sua saúde econômica, e a função compensatória que deve a quantificação do valor indenizatório representar para o ofendido.

O montante, em razão de seu caráter punitivo e evidentemente pedagógico, deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta.

Então, de acordo com o exposto, no mínimo para tais efeitos, da investigação à existência ou não de falha de comportamento, ainda está prevista a responsabilização independentemente de culpa (CASTRO, 2000, p. 25).

5 RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO ESTÉTICO

O dano estético era compreendido pela doutrina e pela jurisprudência junto com o dano moral, não se falando até então sobre esse dano, que atualmente é facilmente identificado, com indenizações em separado do dano moral, ou seja, quando configurado, indeniza-se pelo dano moral e estético sofrido.

Pelo fato de o dano estético ser sempre aparente e visível, o STJ já vinha se posicionando no sentido de indenizações em separado do dano moral.

A súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça deixa claro que dano moral e estético são indenizações distintas, que diz: “É lícita cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O dano estético caracteriza-se pela lesão ou ofensa à beleza física do paciente, à sua harmonia corporal. Tal lesão somente se configura se tiver natureza permanente e irreversível, comprometendo a beleza física e exterior do paciente de forma duradoura e não podendo retornar ao seu estado anterior. Deve modificar externamente, de forma negativa, a aparência física do paciente, de sorte a lhe provocar vergonha, sentimento ou sensação de repulsa e rejeição.

Sua comprovação é complexa, pois há que serem analisados e avaliados o estado anterior do paciente e a possibilidade de melhora, ou de sua evolução a curto, médio ou em longo prazo. Deve ainda ser levado em consideração, de acordo com a atividade laboral e atividades sociais do paciente, o quanto isso irá deixá-lo menos valioso para o exercício de tais atividades e em que exata dimensão isso vai comprometer e inibir a vítima.

O dano estético sempre é externo, aparente, e na maioria das vezes permanente e irreversível. Por conta disto se difere do dano moral, que é passageiro, e também do dano corporal, que neste caso pode ser na parte interna do organismo.

Para André Luis Nigri (2015), o dano estético é o mais controvertido, visto que está diretamente relacionado com a estética pessoal, com o belo e harmonioso.

Ainda, segundo Nigri, é provocado por uma lesão que causa vergonha, sofrimento, pela deformidade, e, conseqüentemente, rejeição social, porque é extrínseco e afeta o chamado patrimônio da aparência (NIGRI, 2015, p. 70).

6 RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO EXISTENCIAL

O dano existencial consiste naquela dor espiritual, sentimento de impotência ou de incapacidade que assola o vivente diuturnamente, impedindo-o de realizar-se plenamente como ser humano. Difere do dano moral de forma muito sutil e dele se separa por uma linha tênue. Enquanto o dano moral aflige a vítima por determinado tempo, o dano existencial é perene, eterno e acompanha a vítima pelo resto de sua existência. Exemplifica-se com o caso de um indivíduo que tenha sofrido um dano corporal grave em seu órgão genital, ao ser submetido a um procedimento para esterilização através de vasectomia. Embora tenha sido dano corporal de caráter temporal, efêmero e passageiro, muito embora já curado, o indivíduo não consegue superá-lo no seu campo íntimo e psicológico, o que o impede de ter uma vida afetiva sexual.

O dano existencial difere do dano moral, pois atinge o íntimo do indivíduo e o faz se sentir inferior, deixa-o com sentimento de inutilidade e imprestabilidade. Faz ainda com que se sinta menos homem e incapaz de perpetuar sua descendência.

O dano existencial, em suma, é aquele que impede o indivíduo de viver em concretude o seu projeto de vida.

Mesmo o dano existencial não tendo repercussões na esfera patrimonial da vítima, se configura sim em uma espécie autônoma de dano, merecendo tratamento autônomo e separado do dano moral, corporal e estético.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A espécie humana está sujeita a todo tipo de enfermidade, tendo a classe médica como uma forte aliada para que sua qualidade de vida seja melhor e suas expectativas quanto à longevidade sejam cada vez maiores.

Com o avanço da medicina, tornou-se mais fácil diagnosticar quase todos os tipos de enfermidades em tempo hábil. Com toda essa tecnologia, o médico é visto como a única esperança para curar os mais diversos males.

No Brasil, proliferam-se as faculdades de medicina. A cada ano são formados cerca de 35.000 médicos, que se juntam aos mais de 497 mil já em atividade (dados do Conselho Federal de Medicina). Questiona-se, hoje em dia, com que qualificação esses profissionais saem das universidades e se inserem no mercado de trabalho.

Até pouco tempo atrás, o dano causado pela atuação do médico era tido como inevitável, uma fatalidade. Era muito raro nesses casos a busca por reparação. Daí passou-se a uma situação totalmente contrária, não só de proteção ao lesado, como também de predisposição deste em imputar qualquer mal resultado ao profissional, seguindo-se de demanda indenizatória.

As vítimas ainda pouco procuram o judiciário, por alguns fatores, sendo alguns deles a dificuldade que muitos ainda encontram por falta de informação e por acharem ser difícil provar o erro médico, daí as principais causas de hesitarem buscar a reparação dos danos advindos da incorreta conduta médica.

Os médicos, por sua vez, argumentam que o Brasil, país de terceiro mundo, onde também a saúde vai de mal a pior, exige de seus médicos uma medicina de primeiro mundo. Os médicos que trabalham na rede pública de saúde são mal remunerados, e, em uma grande maioria, os recursos materiais são quase inexistentes. Segundo ainda grande parte dos médicos, os exames complementares que poderiam levar a um diagnóstico preciso não são realizados, pois, quando os equipamentos não estão quebrados, faltam materiais necessários e até operadores, ou seja, condições de trabalho completamente adversas.

As demandas judiciais crescem a passos largos no Brasil, seguindo uma tendência mundial. Países como Japão, Inglaterra, Alemanha, Bélgica, África do Sul e Canadá também verificam aumento nesses litígios, sendo apontada como principal causa os altos índices de especialização dos médicos, fazendo, assim, desaparecer a figura “cordial” do médico de família, sempre amigo e no qual todos depositavam extrema confiança e contra quem jamais se cogitaria intentar uma demanda (COUTO; SOUZA, 1999, p. 43-44).

8 RELAÇÃO DE CONSUMO NA ÓTICA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR – MÉDICO E PACIENTE

O Código de Defesa dos Direitos do Consumidor representa uma das leis mais avançadas que o Brasil promulgou nas últimas décadas, e é, também, um dos instrumentos legais de defesa do consumidor mais vanguardista e poderoso de todo o mundo. Se há uma lei da qual nossos parlamentares podem se orgulhar de haverem produzido, essa é a Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O código do consumidor foi promulgado por força do disposto no inciso XXXII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Na aplicabilidade do Código do Consumidor na relação médico-paciente, compreendida esta como relação de consumo, a primeira consequência prática com a qual nos deparamos é o que diz respeito ao prazo prescricional. Isso porque, na regra do Código Civil, o prazo para o paciente reclamar em juízo a reparação civil por algum dano é de 3 anos, de acordo com a regra insculpida no art. 206, 3º, inciso V. Já para o Código do Consumidor, por força de seu art. 27, tal prazo é dilatado para 5 anos.

Confusão normalmente feita pelos médicos diz respeito ao prazo prescricional, ou seja, a partir de quando é deflagrado o princípio da contagem do prazo para prescrição. Importante deixar

claro que o prazo prescricional não conta da data do ato médico praticado, mas sim da data em que o paciente tomou conhecimento da lesão ou do dano que sofreu em decorrência do ato médico.

Isso, também, muitas vezes, se afigura de forma muito subjetiva, pois como demonstrar que o paciente tomou conhecimento do dano em data específica?

A outra consequência imediata é a que diz respeito à carga probatória. Regra básica do direito é a de que o autor caberá provar em juízo o fato constitutivo do seu direito. Ao réu caberá provar os fatos modificativos ou impeditivos do direito alegado pelo autor e contra si invocados.

Desse modo, a regra geral diz que, se alegado, tem que se provar. Alegar e não provar corresponde à mesma consequência de não haver alegado. O ônus da prova é de quem alega.

A inversão do ônus da prova jamais poderá atingir a discussão a propósito da culpa. Limitar-se-á ao dano e ao nexo causal.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já consagrou o seu entendimento de que a relação médico-paciente configura uma relação de consumo e que, portanto, o CDC é aplicável a tal relacionamento.

A relação instaurada entre o médico e o paciente é, em via de regra, contratual. Há obrigação mútua entre as partes. De um lado o médico, que deve assistir o paciente e, do outro, encontra-se o paciente, tendo este a obrigação de pagar o preço cobrado pelo profissional por seus serviços prestados.

Trata-se também de relação de consumo, posto que o médico põe à disposição da sociedade o nobre serviço da medicina e, nessa qualidade, enquadra-se perfeitamente no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, sendo um fornecedor de serviços.

O paciente, por sua vez, é consumidor, uma vez que contrata o médico para obter desde um diagnóstico até procedimentos mais complexos, como uma cirurgia, adquirindo, em qualquer hipótese, o serviço colocado à disposição pelo médico e, sem dúvida, na condição de consumidor final.

Conforme previsão do art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, “Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza o produto ou serviço como destinatário final”. Há de se perceber que a definição de consumidor é ampla e permite que nela se enquadrem pessoas naturais e também as pessoas jurídicas, sem limitações. Além disso, desnecessário que haja a aquisição de determinado produto ou serviço por essas pessoas: a simples utilização destes é suficiente para que reste configurada uma relação consumerista (MIRAGEM, 2010, p. 87).

Ressalta-se que o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor expressa que o sistema de proteção ao consumidor considera como fornecedores de serviço todos aqueles que participam da prestação ou do produto, assim como outros partícipes, não importando a relação direta ou indireta com o consumidor para ensejar a sua real proteção visada por tal dispositivo legal.

O artigo 14 da Lei número 8.078/90, no seu parágrafo 4º, oferece o seguinte texto: “A Responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. Tal postura quebra o que até então era previsto por essa lei, que privilegia, na sua quase totalidade, a responsabilidade objetiva, sendo que o citado parágrafo entra como exceção à regra.

No exercício da função médica, a periculosidade inerente é um fato inegável, já que o profissional trabalha com margens de previsibilidade.

A expectativa legítima do “consumidor-paciente” relaciona-se com a normalidade, que é o traço objetivo, enquanto a previsibilidade é representada pelo traço subjetivo, sendo a segurança um conceito relativo, já que serviço ou produto algum é totalmente seguro, do ponto de vista consumérista.

Dentro dessa perspectiva, é de extrema importância a atenção que o médico vai dar quanto às informações a serem fornecidas a seu “cliente” sobre os riscos inerentes à atividade humana. Deve-se levar em conta a capacidade do paciente de captar e entender tais informações.

Se na área de consumo de bens materiais é importante o esclarecimento sobre determinado produto, para que sua periculosidade inerente não venha a se transformar em adquirida ou exagerada, na área médica tal importância cresce sensivelmente devido à nobreza da “matéria-prima”, em que se desenrola seu exercício profissional: a vida humana.

Chega-se à conclusão de que todo paciente sim é um “consumidor”, sujeito à proteção do Código de Defesa do Consumidor, sendo o médico um profissional prestando um serviço de grande relevância. No entanto, se o mesmo incorrer em erro e for constatada sua culpa e dano, seguido de nexo de causalidade, como qualquer outro fornecedor de serviço, o profissional será responsabilizado civilmente. (GIOSTRI, 1999, p. 109-111).

Não há, pois, como fugir da conclusão de que a relação médico-paciente, por mais *sui generis* que seja, por mais peculiaridades que guarde, se comparada a outras atividades profissionais ou de prestação de serviços, é, sim, uma relação de consumo e, como tal, está regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Exceções à regra que não podem ser olvidadas seriam quando o paciente é atendido gratuitamente ou através do Sistema Único de Saúde, porquanto, em não havendo remuneração pelos serviços, não há de se falar em relação de consumo.

9 CULPA MÉDICA

A fim de ser o médico responsabilizado pelos danos sofridos ou experimentados pelo paciente, há que estarem presentes, de maneira concomitante, o dano comprovado, ou seja, a conduta culposa, e o nexo de causalidade entre ambos. A conduta culposa do médico deve haver não apenas contribuído para o dano, mas dever ter sido a causa primeira, sem a qual o dano não haveria ocorrido.

Para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns.

A medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Em se tratando de vida humana, não há lugar para “culpas pequenas”.

A legislação francesa para essa matéria diz: “Todo indivíduo é responsável pelos seus atos” (KFOURINETO, 1998, p. 61-66). Essa é uma das primeiras máximas da sociedade, daí decorre que, se esse ato causa algum dano a outrem, é certo que seja obrigado a repará-lo aquele que, por culpa sua, o tenha ocasionado.

A culpa é a imputação ético-jurídica do fato a uma pessoa, mas imputação no sentido transcendente da reprovabilidade ou censurabilidade. (KFOURINETO, 1998, p. 61-66).

9.1 Modalidades da culpa médica

A postura culposa do médico caracterizar-se-ia quando o seu agir estivesse imbuído de falta de diligência e de inobservância das normas de conduta. Essa falta de diligência, de prevenção e de cuidado seria, então, o elemento dinâmico essencial a caracterizar a culpa, dando nascença às suas três modalidades, a saber: imperícia, imprudência e negligência.

Imperícia é a falta de aptidão e habilidade específica para a prática de determinados atos que exijam certo conhecimento, ou seja, incompetência, inabilidade, desconhecimento para realização de ato médico.

O profissional médico, apenas por estar de posse de um diploma, não pode julgar-se capaz de fazer todo e qualquer procedimento, especialmente considerando uma profissão tão ampla quanto a medicina.

Portanto, a imperícia é um tipo de culpa por ação que pode ocorrer quando o médico faz de maneira equivocada o que deveria fazer, seja por falta de experiência, despreparo técnico ou incompetência.

Imprudência consiste na prática de ação irrefletida, precipitada, da falta de previsão, em contradição com as normas do procedimento sensato, o despreparo das cautelas que cada qual deve tomar com seus atos.

É uma modalidade de culpa por ação, quando o médico faz o que não devia, seja por uma má avaliação dos riscos, por impulsividade, por falta de controle e até por leviandade.

Negligência implica omissão à não observância ao dever, efetivando-se quando o profissional não faz o que deveria fazer por variadas razões, seja por inércia, passividade, indiferença, desleixo ou descuido.

Exemplifica-se o explanado com os casos de esquecimento de compressas e tesouras nas cavidades operatórias durante o ato cirúrgico. Ou, mais ainda, a amputação equivocada de um membro pelo outro. Tais exemplos acontecem rotineiramente nos hospitais do Brasil, são erros grosseiros que incorrem em imperícia, imprudência e negligência, não impedindo, contudo, que as três figuras estejam nele representadas, como de fato em erros médicos costumam estar (GIOSTRI, 1999, p. 42-46).

10 O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

O capítulo 1 do Código de Ética Médica trata toda forma atípica e inadequada de conduta profissional, caracterizada por inobservância das regras técnicas, capaz de produzir danos à vida ou à saúde do paciente, e de ser caracterizada como imperícia, negligência e imprudência, conforme comentado anteriormente. Indaga-se se o médico responde por erro de diagnóstico ou erro de conduta.

Considerando essa indagação, tem-se que, quando diante de situações que envolvam a atividade médica, imperioso se faz ao hermenêuta que mantenha o procedimento tópico-sistemático de interpretação, levando em conta que, para além da complexidade e subjetividade que perfazem a saúde e o organismo humano – fatores com os quais os médicos convivem diariamente e pelos quais são paulatinamente desafiados –, a atividade médica virá sempre acompanhada do fator álea (GIOSTRI,

2011, p. 108), ou seja, de circunstâncias de imprevisibilidade que só serão vislumbradas na prática, na medida em que o próprio atendimento médico seja prestado e de acordo com cada paciente e a respectiva patologia que este venha a apresentar e desenvolver.

De um modo geral da responsabilidade civil sobre a qual falamos neste artigo, entende-se que a responsabilidade é a obrigação de reparar prejuízo decorrente de uma ação de que se é culpado.

E por responsabilidade profissional, no âmbito do exercício da medicina, um conjunto de deveres e de obrigações morais a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento o levam a sofrer as consequências impostas normalmente pelo Código de Ética.

Além disso, a responsabilidade profissional esta subordinada à ordem jurídica, perante a qual o médico, como cidadão, está sujeito às sanções ali previstas, porque ela é muito mais que uma responsabilidade moral. Ela é exigida pela razão, pelo respeito humano e pelos interesses de ordem pública.

Assim, o termo responsabilidade pode ser empregado tanto no sentido moral como no sentido jurídico, visto que, em se tratando de uma profissão liberal, intrinca-se necessariamente os valores éticos e legais, pois as regras jurídicas não podem dissociar-se das regras de origem moral. Em alguns momentos, é difícil distinguir-se uma da outra.

É impossível ter-se uma posição unilateral sobre esse assunto. Mesmo que as questões de Direito sejam mais sensíveis às formas categóricas e definidas da conduta humana, a tendência de muitos é aceitar as fórmulas mais genéricas que encontram abrigo nos chamados modelos abertos.

É por isso que o Código de Ética Médica, mesmo com essa denominação, não se limitou apenas aos preceitos morais, mas se envolveu com outros de natureza jurídica, de aspectos penais, civis e administrativos, em face da relação tão estreita e de limites tão imprecisos entre o Direito e a Moral (FRANÇA, 2006, p. 46-53).

11 LIQUIDAÇÃO DO VALOR DO DANO

Liquidar o dano consiste em determinar o *quantum*, em pecúnia, que incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução.

O Código Civil em vigor previu certas hipóteses de danos patrimoniais que podem decorrer, dentre outras, de atividades médicas, estabelecendo critérios para a respectiva liquidação.

Trata-se dos dispositivos 948 a 950, aplicáveis à atividade médica por força do art. 951, conforme citação adiante:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Dependerá, portanto, das circunstâncias de fato de cada caso a apuração das despesas com o tratamento da vítima, dos lucros cessantes, da importância do trabalho para que a ela se inabilitou etc. Essa apuração é realizada no bojo de cada ação judicial, normalmente após a aferição da existência da responsabilidade do médico, mediante, em regra, trabalho pericial. Observa-se que, quando necessário, pode-se recorrer a outros meios de prova.

A liquidação dos danos morais é tarefa difícil e que, apesar de incessantes esforços dos juristas nacionais e estrangeiros, continua suscitando controvérsias, sem que se tenha encontrado um critério seguro para a sua aferição.

Normalmente, são levados em conta, para a fixação do montante da indenização, fatores como a gravidade da lesão ao patrimônio moral ou extrapatrimonial; as condições econômicas do ofensor, no caso o médico ou estabelecimento de saúde; o grau de negligência, imprudência ou imperícia da ação ou omissão médica, a fim de que a indenização sirva como fator pedagógico, de molde a coibir novos procedimentos culposos por parte do causador do dano.

Um componente muitas vezes relevante na apuração do montante final das indenizações a serem pagas por médicos condenados civilmente são as parcelas acessórias que incidem sobre a indenização arbitrada, mais especificamente a correção monetária e os juros de mora. Particularmente os juros de mora contam-se desde a citação do médico em juízo, de sorte que, estendendo-se por largo lapso temporal o processo, e tendo em vista que hoje a lei os fixa em 1% ao mês, podem vir a representar um valor momentoso. (KFOURI NETO, 1998, p. 103- 125)

12 SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL PARA O MÉDICO

O seguro de responsabilidade civil profissional até hoje é controverso, pois ainda se fala que a sua contratação poderia fomentar o número de processos contra médicos e, ainda, que o médico ficaria mais relapso e suscetível a erros no exercício de sua nobre profissão.

Conforme o professor Léo Meyer Coutinho (1997), a contratação de seguro de responsabilidade civil profissional pelo médico seria a mercantilização da doença, transformando-a em capital a ser aplicado e gerador de dividendos. O professor Meyer ainda cita os Estados Unidos, país em que os médicos fazem o seguro para cobrir despesas com eventuais ações indenizatórias por erro médico, sendo perversa a exploração da doença via médico (COUTINHO, 1997, p. 42-43).

A visão do professor Coutinho sobre o seguro de responsabilidade civil profissional até hoje é defendida por vários Conselhos Regionais de Medicina.

O seguro de responsabilidade civil profissional apareceu no Brasil há mais de 40 (quarenta) anos e ainda sequer é unanimidade entre a classe médica. Prova disso é que dos quase 500 mil médicos em atividade apenas 19% têm seguro de responsabilidade civil.

De acordo com a Revista Apólice, com um maior acesso da população à informação, os processos diretos contra médicos têm aumentado, sendo fundamental a contratação de uma apólice.

O presidente da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética, Raul Canal, diz que os argumentos utilizados por aqueles que têm se posicionado contra o seguro de responsabilidade

de civil não guardam fundamentos lógicos e não se sustentam em uma argumentação mais profunda a propósito deste tema. (CANAL, 2014, p. 268).

13 SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA - ANADEM

Como já falado anteriormente, as ações decorrentes de supostos erros médicos têm aumentado a passos largos no Brasil. Somente no estado de São Paulo, 4.000 médicos são processados a cada ano. Foi criada no ano de 1998, portanto completando 22 anos de existência, a Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (ANADEM), entidade criada pelo advogado, especialista em Direito Médico, Raul Canal. Essa entidade tem atuado diuturnamente na defesa de médicos acusados por supostos erros no exercício da profissão. Além do amparo ao médico, a ANADEM promove palestras, congressos, conferências, cursos e especialização em todo o Brasil e até no exterior, sempre falando sobre direito médico, judicialização da medicina e outros tantos assuntos de interesse da classe médica e jurídica brasileira. A ANADEM também participa de praticamente todos os congressos médicos de todas as especialidades realizados anualmente.

Dados estatísticos levantados pela ANADEM dão conta de que 7% dos médicos brasileiros já respondem a algum tipo de processo relacionado a erro médico. De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), existem mais de 497 mil médicos no Brasil. Com esse percentual, estima-se que quase de 35 mil médicos respondem a um processo por erro médico no Brasil.

Ainda com dados estatísticos fornecidos pela ANADEM, a média nacional de condenações de médicos por erro na prestação de serviços chega a 50%, ou seja, a cada 100 médicos processados, 50 são condenados. Dos médicos associados à ANADEM esse cenário muda, pois a taxa de sucesso em processos é na ordem de 87%, ou seja, a cada 100 médicos processados, 87 não são responsabilizados.

Um suposto erro médico pode acarretar ao profissional até 4 processos em esferas diferentes: civil, criminal, conselhos de classe (CRM e CFM) e administrativo, caso o médico seja servidor público. A ANADEM consegue atuar em todas as esferas nas quais o profissional precisar.

Os médicos, na maioria das vezes, não são culpados pelo resultado negativo de sua prestação de serviços. Por exemplo, quando um cirurgião plástico pratica uma cirurgia de implantes de silicone, faz todas as recomendações para a paciente sobre os cuidados. No momento da alta, a paciente leva a cirurgia para casa, ou seja, dali para frente a responsabilidade também é dela. Na maioria dos casos, as pacientes não seguem as recomendações e, se alguma coisa dá errado, nesse momento a culpa sempre recai sobre o médico que fez o procedimento, e uma das atribuições da ANADEM, juntamente com seu corpo de peritos, é o de provar, segundo a literatura médica, que o resultado negativo foi em decorrência da não observância dos cuidados necessários.

Caso o médico seja condenado a indenizar um paciente pela má prestação de seus serviços, o associado da ANADEM ainda conta com um seguro de responsabilidade civil profissional, contratado através de uma seguradora do mercado nacional, que cobrirá, entre outras coisas, dano moral, corporal, estético, existencial e perda de uma chance. Esse seguro tem crescido entre os profissionais de saúde.

14 CONCLUSÃO

A medicina é uma das mais lindas e nobres profissões, mas também uma das mais perigosas, por expor seus operadores ao risco de produzirem danos aos tomadores de seus serviços. Isso porque, também, lidam com a matéria-prima mais sagrada que possa existir, que é o corpo humano.

O profissional de medicina encontra-se em uma **posição de enorme vulnerabilidade** e precisa reconhecer essa nova realidade e se preparar para enfrentá-la.

O presente artigo acadêmico teve por base a apresentação e a fundamentação sobre a Responsabilidade Civil do Médico, sem, contudo, ser tendencioso para qualquer dos lados, pois o paciente tem todo o direito de buscar o judiciário para ter reparado um suposto dano causado pelo médico, e, por sua vez, o médico tem o direito de ter argumentos sólidos para se defender, para que essa relação, mesmo quando enverede para um litígio, seja justa para ambas as partes.

Todos os profissionais estão sujeitos a erros, mas, no caso do médico, errar significa causar lesões, amputar membros sem problemas aparentes, deformar pessoas por procedimentos cirúrgicos malsucedidos, e, por fim, até matar. Não raro pacientes morrem por falta de atendimento, de remédios e até por falta do básico, e muitos perdem a vida por infecções generalizadas causadas até mesmo por inexistência de higiene.

Quase todos os autores pesquisados, citados nas referências bibliográficas são unânimes em falar sobre a importância da contratação do seguro de Responsabilidade profissional pelo médico, tamanha a sua relevância. Tal seguro deveria ser obrigatório, como já acontece em vários países.

As escolas de medicina proliferam descontroladamente pelo país, sem qualquer intervenção estatal no seu nível de qualidade. Em 15 anos, o número de faculdades de medicina saltou de 100 para mais de 300. Dois terços dos médicos formados não fazem residência por falta de vagas.

O Estado tem se mostrado incompetente, seja para adotar um planejamento estratégico, seja para controlar, fiscalizar e intervir no momento propício.

Falhar é humano, por isso todos os profissionais estão sujeitos a erros, inclusive os médicos, que hoje em dia trabalham em jornadas cada vez maiores, em uma busca frenética por reconhecimento e retorno financeiro. O médico é exposto a uma carga de trabalho que faz com que erros aconteçam cada vez em maior escala.

Os Conselhos de Medicina ainda acreditam que é possível lutar contra os inúmeros problemas que têm comprometido a prática médica, tornando-a refém dos limites criados pela irresponsabilidade de outros. Contra esses abusos, o uso competente da caneta do médico e a voz de suas entidades de representação serão instrumentos para tornar cada vez mais justa e ética a prática da Medicina no Brasil, livrando-a das nuances da complexidade humana.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil Brasileiro. *Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei n° 8.078/90 de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/18078.htm>>. Acesso em: 28 jul.. 2020.
- BUSSADA, Wilson. *Erro Médico Interpretado pelos Tribunais*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2000.
- CANAL, Raul. *Erro médico e a Judicialização da Medicina*. vol. 1. Brasília: Editora Saturno, 2014.
- CANAL, Raul. *Novo Código de ética médica comentado*. vol. 1. Brasília: Editora Ponto, 2010.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *Responsabilidade Civil objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- COLTRI, Marcos Vinicius. Alerta no Centro Cirúrgico. In *Revista Consulex*. Ano XIV, n. 320. 15 maio 2010.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_estatistica>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n.22 de 17 de 27/09/2018*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- COUTINHO, Léo Meyer. *Responsabilidade Ética, Penal e Civil do Médico*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1997.
- COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no Suposto erro Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 3. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2006.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência comentada*. Curitiba: Editora Juruá, 1999.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3, p. 58. Parte Especial: Direito das Obrigações – Fatos Lícitos, Responsabilidade.

MONTALVÃO, A. Siqueira. *Erro Médico, Teoria, legislação e Jurisprudência*. vol. 2. Ed. Campinas: Julex Edições, 1998.

NIGRI, André Luis. *O atuar do cirurgião dentista, direitos e obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

REVISTA APÓLICE. *Apenas 19% dos médicos brasileiros têm seguro de responsabilidade civil*. 2019. Disponível em: <https://www.revistaapolice.com.br/2019/11/apenas-19-dos-medicos-brasileiros-tem-seguro-de-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

A autonomia na relação médico-paciente

Pamela Michelly Brizolla¹

Hugo Rios Bretas²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o impacto que a autonomia e sua juridificação têm causado na relação entre médico e paciente. Como metodologia para a elaboração do trabalho foi utilizada a revisão na literatura abordando a relação médico-paciente nos tempos atuais, recorrendo-se tanto a autores da área do Direito quanto da medicina, numa perspectiva crítica. Constatou-se ao longo do trabalho que o conceito de autonomia não oferece segurança suficiente para servir como elemento fundante da relação médico-paciente. A influência do Direito na relação médico-paciente acarreta aspectos positivos e negativos capazes de afetar a qualidade do vínculo. Conclui-se, então, que a atenção despertada no Direito e na Bioética pela autonomia não prescinde da observação e inclusão de outros elementos das relações interpessoais que podem proporcionar maiores ganhos nessa vinculação.

Palavras-chave: Autonomia pessoal. Relações médico-paciente. Direitos do paciente.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the impact that autonomy and its legalization have caused on the relationship between doctor and patient. As a methodology for the elaboration of the work, the literature review addressing the doctor-patient relationship in the current times was used, using both authors from the field of Law and medicine, in a critical perspective. It was found throughout the work that the concept of autonomy does not offer sufficient security to serve as a fundamental element of the doctor-patient relationship. The influence of law in the doctor-patient relationship has positive and negative aspects capable of affecting the quality of the bond. It is concluded, then, that the attention aroused in Law and Bioethics for autonomy does not dispense with the observation and inclusion of other elements of interpersonal relationships that can provide greater gains in this connection.

Keywords: Personal autonomy. Doctor-patient relations. Patient rights.

¹ Pós-graduanda do curso de Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa ANADEM.

² Professor adjunto do curso de Pós-graduação em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa ANADEM. Doutorando e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado (Instituto de Educação Continuada) em Direito Civil e Graduado (Faculdade Mineira de Direito) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a história, a relação médico-paciente sempre apresentou uma característica assimétrica, em que o paciente se apresenta como uma figura subordinada às orientações do médico, e o médico assume uma figura de paternalismo beneficente que supostamente visa ao bem estar do paciente (PELLEGRINO; THOMASMA, 1988).

Somente no fim do século XX a ideia de autonomia começou a ser discutida com o intuito de equalizar a relação assimétrica entre médico e paciente. A concretização desse caminho em direção à simetria é feita por meio da autonomia, que se fortaleceu ainda mais com a juridificação da relação médico-paciente (PEREIRA, 2012).

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise sobre o impacto que a autonomia e sua juridificação têm causado na relação entre médico e paciente, elencando as vantagens e desvantagens para a formalização da relação pela lei.

A metodologia utilizada no decorrer do trabalho é a revisão de literatura sobre a relação médico-paciente na atualidade, utilizando como base autores tanto da área do Direito quanto da medicina, numa perspectiva crítica. Como ponto central a ser discutido foi adotada a literatura sobre juridificação, neologismo sobre a ingerência das leis na vida social, tendo em vista seu acerto no plano intelectual e coerência com o conjunto de acontecimentos conhecidos por meio da experiência apresentada nas obras.

2 BREVE HISTÓRICO

Ao longo dos anos as relações sofreram transformações relevantes, tanto nos setores relacionados à medicina como também ao próprio direito (PIERRON, 2007; RAPOSO, 2013).

Embora muito tenha avançado a medicina na tecnologia, o médico possui um lugar comum na sociedade à espera de seus pacientes, em muitos casos, anônimos. Geralmente até o próprio médico é desconhecido para seus pacientes, vez que essa relação em grande parte é intermediada por instituições hospitalares e planos de saúde (PEREIRA, 2012).

As atividades desenvolvidas pelos médicos são cada vez mais reguladas, mesmo estes detendo autoridade advinda do conhecimento que os qualifica. Isso porque em sociedades individualistas a confiança no outro geralmente é estabelecida por meio de instrumentos formais, uma vez que há dificuldades em olhar e reconhecer nesse outro uma extensão de todo eu (PEREIRA, 2012).

Segundo Habermas (2012), após séculos de um controle de natureza religiosa e moral, o Direito, no processo designado como juridificação da vida, pôs-se como instrumento capaz de gerar uma relação justa entre parceiros no âmbito da atividade terapêutica.

Na medicina, a história conta sobre o poder do médico sobre o *infirmus* ser débil, sem vontade – expressão que denota com precisão a posição do paciente diante do médico. Além desse termo, outros também sugerem que o vínculo estabelecido entre médico-paciente expressa a autoridade de uma das partes em conduzir os caminhos a serem seguidos, no caso, a melhor terapia a ser adotada no tratamento de doenças (HABERMAS, 2012).

Segundo Oliveira (2005), observar e analisar o sofrimento humano possibilitaram que a medicina se tornasse um estatuto superior e estável e que não tinha como princípio a prestação de contas ao paciente, a opinião do paciente não era levada em consideração.

O avanço das ciências e das tecnologias, dentre outros fatos, passou a reclamar que o paciente, a razão de ser de todas as transformações, viesse a ser incluído no processo terapêutico como a sua mais importante dimensão (SICARD, 2002).

A exigência do consentimento como expressão da autonomia pessoal do enfermo, reconhecida no final do século passado como qualidade que integra o ser humano, submeteu o médico à observação da anuência do seu cliente. Procedimentos para preservar a integridade física ou a vida de outrem podem, via de regra, ser punidos como crimes exatamente em razão da violação da autonomia (PEREIRA, 2012).

A tendência em enfatizar a autonomia e o consentimento, sem dúvida, prestigia o indivíduo que, ao menos no plano teórico, teria condições de decidir sobre o tratamento que deseja que lhe seja dispensado, ou mesmo, se prefere não ser submetido a qualquer tratamento (KOTTOW, 2007).

A rede global de sistemas de computadores, por seu lado, ampliou de tal forma a qualidade e quantidade de informações que proporcionou ao paciente notícias atualizadas sobre seus males. Tal fato, de acordo com Pierron (2007), desestabilizou a autoridade do médico que se presumia ancorada, de um lado, sobre os conhecimentos que ele detinha e, de outro, sobre a ignorância do enfermo. Dotado de informações suficientes, o paciente, segundo o mesmo autor, não quer apenas escutar. Espera mais ser ouvido e menos ser informado, com vistas a encontrar os cuidados necessários para sua saúde.

O enfermo não quer, tão pouco, ser apenas a pessoa identificada por suas lesões, secreções ou mal funcionamento orgânico, e sim como um outro: aquele que dá significação e sentido à própria atividade médica (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

O Direito convoca para si essa responsabilidade e abre múltiplas possibilidades de responsabilização do profissional, inclusive na área penal, por meio de figuras como as do constrangimento ilegal, conforme o artigo 146 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940); das lesões corporais, observadas no artigo 223 do Código Penal Alemão (IHERING, 2002); ou ainda das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, consoante o artigo 150 do Código Penal Português (GONÇALVES, 1988), ainda que o médico tenha logrado êxito terapêutico com sua intervenção. Isso significa que o valor autonomia tem uma proteção no Direito penal hierarquicamente superior à vida e à integridade física.

O grande trunfo do paciente para a simetria e parceria desejadas foi a incorporação da autonomia como princípio, traduzida em consentimento pela norma jurídica. O significado da expressão, todavia, não é irrefutável (PEREIRA, 2012).

3 AUTONOMIA: CONCEITOS

É preciso que lembremos, ainda que brevemente, o conceito desenvolvido por Kant (2007) para quem o homem ser livre – portanto, dotado de livre arbítrio –, escolhe agir conforme o dever.

Tal escolha se faz independentemente de qualquer vontade que não seja a lei moral. A lei moral seria, assim, autoimposta, razão pela qual os homens não apenas são capazes de cumpri-la, mas devem fazê-lo já que se trata de autoimposição.

Hoje, o sentido que lhe é atribuído é diferente, existindo mesmo uma visão leiga de que autonomia significa fazer aquilo que se deseja, independentemente dos resultados, conquanto esses não alcancem terceiros, como se isto fosse possível, já que a sociedade sempre suporta o peso das decisões de seus membros (SICARD, 2002).

Há que se acrescentar que o pensamento kantiano enfrenta dificuldade para sobreviver nas modernas sociedades pluralistas, nas quais as diferenças são respeitadas, em face das diversas concepções morais nelas existentes (KANT, 2007).

O conceito kantiano exposto é notoriamente individualista, segundo os autores referidos, e obteve prevalência na Europa, tanto na filosofia quanto na vida cotidiana (KANT, 2007).

Em outra perspectiva, Honneth e Anderson (2011), autores contemporâneos, compreendem a autonomia como um conjunto adquirido de capacidades para conduzir a própria vida e dirigir-se livremente por caminhos independentes no decorrer da existência.

Propõem, assim, uma teoria da autonomia que fuja ao viés puramente individualista, como pretendia Kant, e presente nas concepções liberais, destacando que a autonomia implica reconhecimento recíproco em relações de respeito, cuidado e estima que possam permitir a autoestima e livre desenvolvimento do outro. Pessoas socialmente vulnerabilizadas não conseguem exercer suas capacidades (HONNETH; ANDERSON, 2011).

Feinberg (1989) revela preocupação com os reflexos do conceito no Direito. Ou seja, quais limites podem ser opostos pelo Direito à liberdade de alguém quanto aos danos e ofensas causados a uma pessoa por ela mesma e por terceiros. E mais: que danos serão esses? Sua preocupação é centrada na intensidade e na extensão da configuração de danos.

Interessa-se pelas condições que permitem que se digam autônomas as causações de lesão por uma pessoa sem que isso viole a autonomia moral dos indivíduos. Preocupa-se, também, como manifestado pela autora desse texto, com a intensidade da autonomia, indagando, por exemplo, se vulneráveis são autônomos (HONNETH; ANDERSON, 2011).

A falta de uma compreensão unívoca do termo gera dificuldades para identificar indivíduos destituídos de autonomia e a validade do consentimento expressado por algumas pessoas. As incertezas sobre a competência do outro para decidir constituem uma tarefa complexa e delicada, tanto na definição de sua extensão – sobre o que se pode livremente deliberar – quanto na qualidade e condições de quem pode exercer esse ato (KOTTOW, 2007).

Afinal, no Direito, o que significa a expressão autonomia? É igual a capacidade civil, imputabilidade, liberdade pessoal, soberania, como em sua origem grega? Quem a teria? Todos ou apenas alguns? A autonomia confere a todos a mesma capacidade?

O fato é que a expressão é polissêmica e pode ser que apenas contenha como elemento comum a capacidade/liberdade de decidir sem imposições externas. Miguel Kottow (2007) adverte que há uma multiplicidade de sentidos que são atribuídos à expressão autonomia como resultado de elaborações da teologia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia, as quais, entre outras,

atribuem-lhe a acepção tanto de liberdade como também de livre arbítrio.

Robert Veatch, Gaylin e Steinbock (1996) lembram, tal foi a importância dada à autonomia e ao consentimento, que se pode indagar se persistirá uma moral comum entre os membros de uma sociedade após essa exaltação da autonomia. Lembram que na década de 80 o consentimento do paciente foi exigido diante de questões delicadas que avultavam àquele tempo, tais como a prolongação da vida de enfermos contra sua vontade, mas para atender à família; a lobotomia em doentes mentais para que tivessem um comportamento cordato; o uso de pílulas por menores, independentemente do consentimento dos pais.

Adverte, ainda, que é preciso que procedamos a uma reflexão sobre os impactos que essa visão da autonomia pode causar em nossas instituições e se não deveria ser limitada em nome de compromissos morais (HONNETH; ANDERSON, 2011).

O Direito há muito afirma que *volenti non fit injuria*: o mal feito por outro, mas permitido e desejado, não constitui crime. No mundo jurídico, acordo e consentimento seriam as versões modernas do *volenti non fit injuria*, com algumas restrições à sua amplitude, mas preservando o mesmo sentido de respeito à vontade do portador do bem jurídico e seu poder de disposição sobre alguns desses bens. A extensão da anuência sofre limitações em muitos sistemas jurídicos, reservando-se seu uso para os chamados bens disponíveis, noção, todavia, que vem sendo alargada (HONNETH; ANDERSON, 2011).

4 CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O consentimento do paciente ao tratamento ofertado pelo médico deve ocorrer quando existe a possibilidade de prolongar a vida em condições em que não é reconhecida a humanidade, quando serão utilizadas intervenções invasivas e quando há necessidade de utilização de sofisticados equipamentos artificiais. Portanto, o consentimento alcançou um importante progresso na área de primordial importância no Direito à vida e à saúde, refletindo assim a prática médica (PEREIRA, 2012).

4.1 Problemas da autonomia na relação médico-paciente

Durante muito tempo o paciente foi considerado o ser frágil que estava nas mãos do médico e se via obrigado a aceitar qualquer tratamento ofertado. Atualmente a relação médico-paciente tem se transformado e tem buscado uma maior simetria, o paciente hoje busca se transformar em sujeito da relação, deixando então o papel passivo (RAPOSO, 2013).

O fato é que, para haver a almejada simetria, é necessário que se tenha autonomia. Autonomia é uma palavra que ressoa com amplitude, tal como livre arbítrio já ressoou no Direito penal no passado. A responsabilidade pelos atos praticados no exercício da profissão é, hoje, matéria assentada e festejada.

Antigamente, disse Vera Raposo (2013), o médico podia ser punido se não exercesse seu dever de cura, hoje, ao contrário, é punido se intervém contra a vontade – expressa ou simplesmente presumida – do paciente.

Há excessos, nessa compreensão, que resultam em consequências negativas? Colocando em problemas concretos: o deprimido, o que sofreu um golpe em sua vida, o que recebeu uma notícia grave, o que desconhece o significado das expressões e para os quais não há reconhecimento social, decidem autonomamente? E os apressados, os insensatos? Não será que o direito de se autodeterminar existe apenas quando as pessoas têm a capacidade de fazer escolhas racionais? Mas, quem dirá sobre a racionalidade? Poder-se-ia considerar autônoma a decisão assim considerada por um terceiro? Vê-se, portanto, que a proposta teórica, segundo a qual a autonomia pode ser exercida apesar das vulnerabilidades humanas, não pode se furtar a enfrentar esses problemas (PEREIRA, 2012).

A vulnerabilidade é entendida, por alguns, como sendo algo inversamente proporcional à capacidade de escolha autônoma por parte do paciente, e a própria linguagem nos aponta para a fonte desse (des)entendimento. A palavra “enfermo” provém do termo latim *infirmus*, que significa o débil, sem firmeza, física e moral, do qual resulta historicamente não fazer sentido solicitar a opinião ou o consentimento de um doente para com o procedimento a ser realizado em seu próprio corpo (PEREIRA, 2004, p. 29).

Ao utilizar-se a consagrada nomenclatura relação médico-paciente, aqui condenada, reforça-se a implícita, equivocada e ultrapassada noção de que ao médico caberia a responsabilidade e a possibilidade de escolha sobre aquilo que deve ser feito com a saúde e o corpo do paciente, independentemente da anuência deste. No errôneo entendimento de que a presença da vulnerabilidade subtrai de forma inversamente proporcional a autonomia do paciente, paradoxalmente, utiliza-se o conceito de autonomia para proteger o privilégio do poderoso na relação, não para conferir poder (*empowerment*) ao oprimido.

Ocorre que a relação entre o paciente e seu médico vem sofrendo uma transformação copérnica, partindo de um esquema autoritário e vertical, surge-nos hoje como democrática e horizontal; de um código moral único passou a um modelo pluralista de sociedade, que respeita os diferentes códigos morais (PEREIRA, 2004, p. 29).

À medida que se atualiza a nomenclatura para relação paciente-médico, assume-se simultaneamente que o paciente, em regra geral, será vulnerável. No entanto, isto não pode ser um marco, *prima facie*, para a retirada da sua capacidade decisional, muito pelo contrário, pois a saúde e as consequências das decisões a serem tomadas lhe pertencem.

Portanto, não se busca uma valorização do sujeito paciente em função do detrimento do sujeito médico, mas de uma coadjuvância do direito deste, conscientemente necessária, a partir do protagonismo do seu dever em relação ao direito do paciente de escolher seu próprio destino. Acerca da alteridade, não se trata de uma assimetria relacional entre os sujeitos, trata-se apenas de uma assimetria entre direitos e deveres, que, no contrato de tratamento, ambas as partes, mas

sobretudo o médico, devem colocar os seus deveres para com o outro em um primeiro plano para que se efetive a desejada simetria entre paciente e médico. Primeiro os deveres, depois os direitos, isso é simetria no sentido da alteridade ética.

4.2 A juridificação

A autonomia e o consentimento na relação médico-paciente foram juridificados tendo em vista a crescente regulamentação jurídica da vida, e esta interveio de forma detalhada com o intuito de disciplinar situações em que não há uma concordância entre médico e paciente, dando origem a tipos penais (HABERMAS, 2012).

Segundo Habermas (2012), a juridificação não se trata de um ampliação da atividade legislativa, mas sim do aumento do direito escrito. Ainda segundo o autor, trata-se da positivação de aspectos da vida social disciplinados anteriormente por normas informais (expansão) e da decomposição levada a cabo por juristas, ou seja, de hipóteses normativas jurídicas globais em hipóteses particulares.

São inegáveis algumas consequências positivas da juridificação. Dentre os pontos positivos está a impessoalidade do comando jurídico e a sanção nele contida que aumentam a sensação de independência do sujeito para concretizar sua vontade materialmente. Uma das cinco dimensões da juridificação consiste no incremento da tendência dos cidadãos a pensar em si mesmos e nos demais como sujeitos de Direito (BLICHNER; MOLANDER, 2005).

Outro ponto positivo está na posição de protagonista assumida pelos dois lados, o médico e o paciente. Isso faz com que sejam evitados abusos de poder do mais forte sobre o mais fraco, tendo em vista sua relação de sujeição (BLICHNER; MOLANDER, 2005).

Sanchez (2008) considera ainda como ponto positivo a formação do clientelismo, vez que a juridificação acaba por dificultar que decisões sejam tomadas com base no prestígio pessoal. O autor ainda afirma que o clientelismo acarreta consequências que atingem a formação de uma sociedade de iguais, vez que tal situação aumenta a fé dos sujeitos em si mesmos, deixando-os confiantes no favorecimento de recursos oferecidos pelo Estado que visam garantir os interesses de todos os cidadãos.

Em contrapartida, ao se submeter excessivamente os aspectos da vida à juridificação, podem-se colher consequências negativas ao sujeitar a diversidade da existência a padrões de soluções que não se adaptam à individualidade de cada ser. Nas relações em que se tem a confiança como característica principal, a juridificação pode descaracterizar a essência da relação. Quando o direito toma para si a resolução de conflitos, ocorre uma neutralização e artificialização do conflito, impossibilitando que ocorra a resolução espontânea do conflito, tomando como verdades apenas a linguagem e a arquitetura do próprio direito (SANCHEZ, 2008).

A juridificação por vezes é percebida como uma formalidade dos direitos do paciente, em que é possível se perceber a fragilização dos poderes exercidos pelo terapeuta, isso porque há uma ampliação do rol de providências jurídicas que podem ser adotadas caso ocorra algum tipo de transgressão. Essa fragilidade do terapeuta anteriormente não era ameaçada (HABERMAS, 2012).

Ao se introduzir a coação e sansão, a posição do médico que anteriormente era indiscutível passa agora a ser suscetível de interferência, isto porque o paciente, que antes ocupava uma posição passiva, passa agora a ter sua opinião escutada, dando origem à medicina defensiva (HABERMAS, 2012).

Ao surgir a autonomia, esta veio para ser superior aos demais princípios da bioética principalista. Segundo o Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida, a autonomia pode ser extremamente prejudicial ao profissional da saúde, uma vez que pode convertê-los em meros funcionários, não possibilitando que sua missão seja exercida de modo integral (PEREIRA, 2012).

Da mesma forma que a autonomia pode ser prejudicial aos profissionais da saúde, ela também pode prejudicar o próprio paciente, pois a falta de conhecimento do indivíduo pode ser capaz de abandoná-lo à sua própria vulnerabilidade. Sendo assim, a autonomia pode ser considerada uma atitude que integra e reproduz um movimento pendular comum às dinâmicas sociais e humanas (PEREIRA, 2012).

Beauchamp e Childress (2002) são apontados como defensores da superioridade do princípio da autonomia, vez que aceitam, pelo contrário, diferentes formas de paternalismo em situações específicas. A dificuldade em admitir qualquer sombra de paternalismo classifica algumas situações, nas quais as decisões são claramente heterônomas ou deveriam ser consideradas inválidas, como expressão válida de consentimento e de autonomia.

A importância excessiva dada à autonomia deve ser observada vez que o excesso de autonomia proporciona decisões autônomas, e não decisões heterônomas, da mesma forma como ocorre com o consentimento presumido, o consentimento por representação (consentimento dos doentes mentais e dos menores) (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

5 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA COVID-19

A contaminação por Coronavírus (variante Covid-19) tem aumentado de forma rápida e exponencial, nenhum continente se encontra livre do vírus em questão, deixando o mundo diante de uma emergência de saúde pública (ZHAO, X.; JIANG; ZHAO, Y., 2020).

A Covid-19 possui amplo espectro clínico variando de quadros clínicos assintomáticos a quadros clínicos graves, podendo apresentar uma rápida deterioração clínica. O período de incubação do vírus é de 4 a 6 dias, porém pode apresentar variação entre 2 a 14 dias (WU; CHEN; CAI, 2020).

Diante dessas características, ao se realizar a prática médica, deve-se realizar constantemente a análise do risco-benefício de todo tratamento levando em conta as características físicas de cada indivíduo.

Entende-se que a prescrição de medicamento é prerrogativa do médico, porém o tratamento do paciente portador de Covid-19 ou suspeito deve ter como base a autonomia do paciente ou do responsável legal. Em casos em que o paciente se encontre incapacitado ou seja menor de idade, através do termo de consentimento livre e esclarecido, o médico possui autonomia para ofertar o tratamento mais indicado e disponível para o paciente (ZHAO, X.; JIANG; ZHAO, Y., 2020).

Diante desse cenário pandêmico, é compreensível a necessidade de se preservar a saúde da população tendo em vista a grande ameaça oferecida pela Covid-19. Entretanto, muito se discute acerca da legitimidade das restrições impostas (TINKU, 2020).

A quarentena humana é uma medida de saúde pública que tem por objetivo conter surtos epidêmicos, entretanto, há uma divergência entre direitos individuais e coletivos que devem ser analisados atentamente pelo julgador (WU; CHEN; CAI, 2020).

No direito individual há a vontade do indivíduo de optar por realizar ou não exames e se submeter ou não a tratamento médico. E somado a ele há ainda o direito constitucional de liberdade de locomoção. No entanto, por outro lado, se encontra o direito coletivo da sociedade à saúde pública e o dever do Estado de protegê-la (ZHAO, X.; JIANG; ZHAO, Y, 2020).

Essa divergência jurídica deve ser enfrentada através da aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Desta forma, a anulação de um dos direitos acaba sendo legítimo, quando analisado pelo magistrado caso a caso (TINKU, 2020).

O fundamento do princípio da liberdade está na autonomia privada, levando em conta seu aspecto patrimonial e extrapatrimonial, limitando-se em outro importante princípio, a solidariedade. A liberdade individual sofre alterações quando o indivíduo já possui diagnóstico ou está sob suspeita do Coronavírus, vez que sua liberdade e livre circulação implica grave lesão à saúde e à vida de outras pessoas (TINKU, 2020).

Importante destacar que, na hipótese de se estabelecer uma vacinação compulsória, será necessária uma decisão médica prévia em que fique atestada que tal medida é mais eficaz para que o Estado proteja a saúde coletiva, devendo ser respeitada acima do direito individual. Entretanto, pessoas que comprovarem clinicamente que não podem se submeter à vacinação por haver mais riscos à saúde poderão ser excluídas da vacinação obrigatória (ZHAO, X.; JIANG; ZHAO, Y., 2020).

Atualmente, o desenvolvimento de vacinas para a Covid-19 se encontram em fase de estudo em diversos países e poderão ser tomadas de maneira compulsória quando forem regulamentadas. A política de vacinação é regulamentada por cada país visando à contenção da pandemia.

6 CONCLUSÃO

As crises sempre trazem importantes lições. Os seres humanos dependem necessariamente uns dos outros, especialmente neste momento crítico global de emergência da saúde pública.

Ao findar o trabalho, pode-se concluir que a autonomia é uma qualidade atribuída à pessoa, tendo um espaço de relevância nas relações interpessoais. Tendo em vista essa característica, deve ser esta acolhida pelo Direito. Embora seja significativa, não deve ter uma dimensão acentuada, capaz de impedir eventuais considerações sobre seu exercício ou que seja capaz de excluir qualquer outro princípio ético ou jurídico.

Ao se tratar da relação médico-paciente, é necessário que não sejam excluídas soluções espontâneas capazes de alcançar resultados terapêuticos favoráveis, além do fortalecimento dos vínculos de respeito e solidariedade.

Para se alcançar a equidade na relação médico-paciente, devem ser observadas algumas situações, em que não se deve abandonar o paciente à solidão da autonomia, nem o médico exercer o

paternalismo coercitivo, podendo então chegar, em termos absolutos, à liberdade ou ao cuidado. É necessário compreender a possibilidade de se reunir a beneficência e a autonomia numa atitude que designam de “beneficência em confiança”.

Por fim, é importante observar a capacidade de decisão da pessoa, não deixando que esta fique entregue a sua escolha. Neste contexto, pode-se afirmar que a formalização em excesso da relação médico-paciente pode dificultar soluções de aproximação pessoal e de cuidado natural.

REFERÊNCIAS

- BLICHNER, L.; MOLANDER, A. What is juridification? *ARENA*, v.14, n.5, 2005.
- BRASIL. *Código de Direito Penal*. Ministério da Justiça. Código Penal Brasileiro. Brasília: DF, 1940.
- BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. *Princípios de Ética Biomédica*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- FEINBERG, J. *Harm to self: the moral limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 1989.
- GONÇALVES, M.L.M. *Código penal português: anotado e comentado*. Livr. Almedina, 1988.
- HONNETH, A.; ANDERSON, J. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. *CADERNOS de filosofia alemã: Crítica e modernidade*, n.17, 2011, p.81-112.
- HABERMAS, J. *Teoria do agir comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social* (Trad.) Paulo Astor Soethe. Rev. Técnica Flávio Beno Siebeneichler. WMF Martins Fontes, 2012.
- IHERING, R.V. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KOTTOW, M. *Participación informada en clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, UNESCO, 2007.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- OLIVEIRA, G. *O Fim da “Arte Silenciosa”*. Temas de Direito da Medicina. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PIERRON, JP. Une nouvelle figure du patient? Les transformations contemporaines de la relation de soins. *Sciences sociales et santé*, v.25, n.2, 2007, p.43-66.
- PELLEGRINO, E.; THOMASMA, D.C. For the patient’s good: toward the restoration of beneficence in health care. *Oxford University Press*, v.19, n.1, 1988, p.42-44.
- PEREIRA, A.G.D. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2012.
- PEREIRA, A.G.D. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- RAPOSO, V.L. Do regime das intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias no código penal portu-

guês. *Rev Peru Ciencias Penal*, 2013. p.1-22.

SÁNCHEZ, J.M.S. A ingerência das leis: problemas da juridificação das relações sociais. (Trad.) Bruno Costa Teixeira Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. *Panoptica*, v.3, n.1, 2008, p.16-29.

SICARD, D. Le patient et le médecin. Semaines sociales de France, Que ferons-nous de l'homme? *Biologie, médecine et Société*, 2002, p.110-122.

TINKU, J. *International Pulmologist's Consensus On COVID-19*. 2nd Edition, 22 de abril 2020.

VEATCH, R.; GAYLIN, W.; STEINBOCK, B. Can the moral commons survive autonomy? *The Hastings Center Report*, v.26, n.6, 1996,p.41-48.

WU, C.; CHEN, X.; CAI, Y. Risk Factor Associated With Acute Respiratory Distress Syndrome and Death in Patients With Coronavirus Disease 2019 Pneumonia in Wuhan, china. *JAMA Internal Medicine*, v.180, n.70, 2020, p.934-43.

ZHAO, X.; JIANG, Y.; ZHAO, Y. Analysis of the susceptibility to COVID-19 in pregnancy and recommendations on potential drug screening. *European Journal of Clinical Microbiology & Infectious Diseases*, v.23, 2020, p. 1-12.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar os aspectos regulatórios da medicina regenerativa e terapias celulares. Esse tipo de tratamento vem se destacando na comunidade científica. Primeiramente, a pesquisa apresentou um panorama teórico-científico na construção de definições sobre a medicina e a terapia e seu desenvolvimento ao longo dos anos, as tensões subjacentes à construção regulatória e as estratégias internacionais na regulação. Também teve como entendimento o processo de negociação entre interesses, valores e benefícios importantes para segurança, eficácia, acesso e a disponibilização. A abordagem do estudo discutiu modelos regulatórios de vários países, evidenciando aspectos gerais de cada sistema peculiar à terapia celular. A pesquisa concluiu que os desafios enfrentados na medicina regenerativa e terapias celulares vêm passando por grandes desafios devido às normas rígidas e de difícil compreensão, limitando o acesso e comprometendo a transparência e melhores estudos sobre o tema.

Palavras-chave: Medicina. Regenerativas. Terapias celulares. Regulamentação. Normas rígidas.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Médico e Odontológico, pelo Curso de Especialização em Direito Médico e Odontológico da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

ABSTRACT

This article aims to analyze the regulatory aspects of regenerative medicine and cell therapies. This type of treatment has been standing out in the scientific community. Firstly, the research presented a theoretical scientific panorama in the construction of definitions about medicine and therapy and its development over the years, the tensions underlying the regulatory construction and the international strategies in regulation. It also understood the negotiation process between interests, values and important benefits for security, effectiveness, access and availability. The study approach discussed regulatory models from several countries, highlighting general aspects of each system peculiar to cell therapy. The research concluded that the challenges faced in regenerative medicine and cell therapies have been going through great challenges due to rigid and difficult to understand rules, limiting access and compromising transparency and better studies on the subject.

Keywords: Medicine. Regenerative. Cell therapies. Regulation. Strict standards.

1 INTRODUÇÃO

A medicina regenerativa é a mais recente e promissora no tratamento de terapias celulares. É uma perspectiva inovadora que pode tratar inúmeras doenças, fazendo com que o próprio organismo possa reparar determinados tecidos e órgãos que foram lesados. O aprofundamento e conhecimento permite novas técnicas. A diferença da medicina tradicional para a regenerativa é que a primeira trata os sintomas da doença, ajudando o organismo no restabelecimento, e a segunda trata da renovação dos tecidos.

A revolução da tecnologia na área da ciência e saúde humana pode substituir a medicina paliativa pela medicina regenerativa; significa a regeneração de órgãos, tecidos e células de modo que um paciente consiga restabelecer a saúde normalmente. É uma especialidade médica que busca através da terapia celular, ao lado da genética e engenharia de tecidos, alcançar a cura (MASON; DUNNIL, 2008).

Algumas doenças afetam órgãos e, muitas vezes, tornam-se irreversíveis, de maneira que não há cura e nem tratamento adequado, são chamadas doenças degenerativas. Uma delas, conhecida como a diabetes tipo I, consiste nos linfócitos – as células de defesa do organismo – que atacam, destruindo as células do pâncreas, responsável por produzir insulina. Com isso, o organismo não consegue controlar os níveis de açúcar no sangue, levando a uma série de complicações, pois o tratamento somente ameniza os sintomas, não resolve a causa.

A medicina regenerativa é um assunto contemporâneo, sendo previsto por dois aspectos regulatórios, RDC n. 214, de 12 de fevereiro de 2018, e RDC 338, de 20 de fevereiro de 2020. É uma mudança de paradigma quanto ao uso da terapia de regeneração do organismo ao nível celular ou tecidual com sua aplicação na saúde, nos medicamentos e nas terapias com base em células vivas, de responsabilidade da medicina regenerativa, que vem com a inclusão de pesquisas e terapias com células-tronco (PCT e TC) (ACERO, 2015).

Baseada no estudo sobre a medicina regenerativa, a presente pesquisa levantou uma problemática: *quais os aspectos regulatórios que possibilitam a substituição do tratamento tradicional para o tratamento realizado pela medicina regenerativa, na busca de regeneração de órgãos, tecidos e células, com o objetivo de restabelecer a saúde normal do paciente que busca a cura?*

O objetivo do artigo é analisar os aspectos regulatórios da medicina regenerativa no tratamento de pacientes que buscam restabelecer a normalidade de sua saúde e a cura.

Os órgãos regulatórios internacionais, e especificamente o brasileiro, têm passado por inúmeros dilemas nos últimos tempos, tornando a situação do Brasil até mais delicada por falta de conhecimento e, conseqüentemente, medo. Por isso, um modelo legal é extremamente positivo, pois ninguém faz nada sem que haja uma lei ou ato normativo claro para que seja autorizado. Na verdade, a inteligência humana dos agentes públicos deve acompanhar os avanços científicos com o bem-estar da coletividade, lembrando que deve haver como limites as leis e, sobretudo, a Constituição Federal (LOUREIRO, 2019).

2 DEFINIÇÃO DE SAÚDE

A palavra saúde surgiu através de um grande filósofo e estudioso Hipócrates, considerado o “Pai da Medicina Ocidental”, ateniense que viveu no século IV a.C. Ele passou sua vida a estudar, buscando uma compreensão do funcionamento do organismo humano e as doenças que o atingem, com a intenção de comprovar que os médicos errariam menos quando passassem a entender as causas da maioria das doenças, acreditava que os principais fatores que ocasionavam as doenças eram, e ainda são, o clima, a alimentação e os hábitos cotidianos (MACIEL, 2015).

Apesar de que ainda não havia uma definição clara sobre saúde, refere-se o estado de saúde a um conceito relativo, isto porque soma com alguns outros fatores, como o saneamento básico, a cultura, o lazer, a educação, que servem para agregar a esse termo.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como:

(...) um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social (BRASIL, 1946, s p.).

Sabe-se que a Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua saúde com uma série de discussões sob o ponto de vista do compromisso com estado físico, mental e social do indivíduo. De fato, as desigualdades sociais trazem reflexão sobre o completo bem-estar. Também retrata a importância de gozar da melhor forma de saúde como um direito fundamental. Atualmente, é um direito que vem sendo muitas vezes negado, quando não se permite ser de fácil acesso e de pontual prontidão para seu cumprimento e proteção.

A história da saúde brasileira surgiu com a vida da família Real para o Brasil. Os primeiros incrementos na área da saúde iniciam por meio de empreendimentos comerciais, que eram ameaçados em função das transmissões de doenças endêmicas e epidêmicas, tornando rara a atuação do médico em favor da população. Por isso, em meados do séc. XVII, estoura uma crise demográfica no Brasil, devido à epidemia de sarampo, afetando com isso a economia colonial e provocando maior atenção governamental, sobretudo em razão dos prejuízos ocasionados em função da política econômica: os navios estrangeiros passaram a evitar os portos com receio de serem contagiados (OLIVEIRA, 2012).

O início da saúde pública brasileira foi de cunho filantrópico religioso, através da caridade, as pessoas eram atendidas pelas instituições e médicos filantropos. O papel do Estado era somente atender às ações de saúde de epidemias, vacinações e/ou saneamento básico. Acontece que no final do século XIX e início do século XX surgiram grandes campanhas com o objetivo de vacinar a população contra a varíola (PAIXÃO, 2019).

Todavia, a saúde ganha proeminência no Brasil após o surgimento da Constituição.

Federal de 1988, por meio do art. 196, com o seguinte prefácio: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação” (PAIXÃO, 2019, p. 2169).

No entanto, a vida é um bem supremo, por isso merece amparo na Lei Maior, considerado direito fundamental, uma vez que consiste em um direito social que surgiu com a intenção de reduzir as desigualdades sociais. Por isso, cabe ao Estado buscar por meio de recursos públicos garantir seu exercício, e, ao mesmo tempo, exigir para os cidadãos sua prestação (BULOS, 2010).

Para tanto, a Constituição Federal brasileira criou por meio da Carta Magna de 1988 o direito fundamental, o amparo ao cidadão sobre sua saúde, garantindo que isso aconteça através de políticas sociais e econômicas que visam à redução de risco à saúde, além de garantirem o acesso universal e igualitário às ações de promoção e recuperação (BAPTISTA, 2007).

Os Direitos Civis já existem há muito tempo, porém não há uma data específica para se definir o começo de sua existência, apenas é possível dizer que os primeiros registros foram a partir Declaração dos Direitos dos Homens de 1789. Os direitos civis estão relacionados às liberdades individuais, que estão asseguradas pelo Artigo 5º da constituição Federal de 1988, uma parte da Carta Magna que define: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... (BRASIL, 1988, s. p).

O Art. 5º ressalta que os direitos são invioláveis, assegurados a toda a sociedade, e o art. 6º descreve de forma clara o direito à educação, à saúde, ao transporte, e tantos outros direitos: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988, s. p).

Portanto, essa definição é clara e responsável ao surgimento aos direitos fundamentais. O Direito garante ao indivíduo viver dentro de uma sociedade com plena proteção dada pelo Estado. Significa que as instituições públicas têm a função que lhes é outorgada, obrigação de fazer cumprir as leis impostas pela Constituição Federal, pelo Código Civil e normas garantidoras. Não se pode esquecer que tudo isso envolve uma coletividade e, por isso, o indivíduo não se exime dos seus deveres, valendo destacar também que esses deveres a serem cumpridos não serão somente para o bem individual, mas também para o bem comum.

2.1 Direito fundamental à saúde

Para compreender o direito fundamental à saúde, primeiro é preciso conceituar direito fundamental. Os direitos fundamentais tratam de questões como no âmbito privado, regulando as relações entre os particulares, ou seja, passando pelo direito constitucional, a partir das garantias fundamentais sob responsabilidade disciplinar das relações existentes entre pessoas e Estado, fazendo com que este possa coibir abuso daquelas através de liberdades públicas (MENDES; BRANCO, 2012).

Parte-se do pressuposto de que pode ou não estar enquadrado ao direito fundamental. Nesse caso, doutrinadores vêm abordando aspectos que têm levado a dois sentidos: em um, a abordagem é considerada fundamental quando enquadrada como um fundamento; no outro, as características peculiares se diferenciam (STUDART; MARTINEZ, 2019).

Esclarecendo, o regime jurídico e a proteção especial sobre o direito fundamental, o qual foi

outorgado pela Constituição Federal, têm base em dois aspectos, um está relacionado ao princípio da aplicabilidade imediata, ou seja, disposto no art. 5º, § 1º da CF, e o segundo tem relação considerável com as cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, inc. IV. Portanto, é fundamental que critérios rígidos sejam definidos com máxima cautela, isto é, preservando a efetiva relevância e prestígios que são reivindicáveis de forma efetiva correspondentes aos valores fundamentais, sabendo que são essencialmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal (SARKLET, 2012).

Moutinho (2015) pensa que o reconhecimento ilimitado e irrefletido de novos direitos fundamentais poderá ser visto junto com outras possibilidades que farão a degradação dos mesmos, isto é, colocando em risco *status* jurídicos e científicos, ainda explica, e isso poderá levar ao desprestígio de sua própria fundamentalidade.

Para que os direitos fundamentais tenham critérios que justifiquem sua aplicabilidade, a decisão deve ser baseada na ordem jurídica, prevista a partir de regras e princípios, isto porque oferecem discernimentos que explicam a fundamentalidade de certas pretensões normativas. O doutrinador Alexy (2008) ressalta a relevância de teoria que sustenta os princípios e regras. Ele ainda descreve que os dois pressupostos possuem diferenças qualitativas, até porque as regras são normas usadas para argumentar, e ambos as expressam como um dever de ser. E o conceito de princípio é uma norma que ordena sobre as possibilidades fáticas e jurídicas, denominado mandados ou mandamentos de otimização, fazendo referência à permissão e à proibição (ALEXY, 2008).

Para entender melhor, o autor supracitado ressalta que os princípios foram incorporados à Constituição Federal, ao direito constitucional positivo, tendo interpretação fundamentada em resposta normativa correta para determinados casos, nos quais as respostas manifestam-se em outro nível. A própria pretensão de legitimidade da ordem jurídica que implicará as decisões não pode limitar-se ao tratamento de casos semelhantes que aconteceram no passado, e o sistema jurídico atual deve fundamentar-se de forma racional, a fim de aceitar decisões racionais pelos membros do direito, considerando também o horizonte de um futuro próximo, com pretensão de validar à luz de regras e princípios legítimos (MOUTINHO, 2015).

Quanto ao direito fundamental à saúde, enquadra-se no caráter social que é previsto na CF vigente, e também prevalece a ideia da universalidade dos direitos humanos a partir de medidas que consagram valores fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, e ainda, o Estado Democrático de Direito, sob parâmetros que servem para orientar e interpretar o sistema constitucional (LEITE, 2016).

Na verdade, Almeida e Freire (2018) ressaltam que as expressões sobre direito à saúde no Brasil no contexto histórico articulam-se com as matizes assumidas pelo *Welfare State*, ou seja, características de um modelo de proteção social. Mas Felipe Asensi (2013), identifica três concepções de saúde na “sociedade brasileira e com alto grau de institucionalidade no âmbito do Estado e também no campo jurídico, consiste em: a saúde como favor; a saúde como serviço originário de direito trabalhista ou como serviço privado; e a saúde como direito universal” (ASENSI, 2013, p. 370).

A saúde foi reconhecida a partir de seu conteúdo consubstanciado da dignidade humana decorrente de seu fundamento e garantia como um limite a eventuais restrições. Todavia, a exigência tem relação com prestações estatais, isto é, garantindo e mantendo a manutenção, apesar de que não

configura característica que possa diferenciá-la dos demais direitos fundamentais, à medida que vão sendo elaboradas políticas públicas imprescindíveis para todos, sem que haja distinção. Por isso a importância de compreender as diretrizes constitucionais em relação aos direitos à saúde, tornando-a relevante no processo de análise e discussão de dimensões objetivas e subjetivas frente ao Estado, indagando-se sobre questões necessárias à exigência da tutela estatal e circunstâncias (COMPARATO, 2008).

Porém, os fundamentos normativos são prescritos a partir de um dever estatal garantidor do direito à saúde, buscando obedecer a princípios constitucionais estruturantes de todo o Sistema Único de Saúde (SUS), através de política pública inicial e elementar. Com isso, é essencial que sejam compreendidos os princípios constitucionais que buscam embasar o referido direito, e, ainda, as respectivas atividades estatais, como a igualdade, a universalidade e a integralidade dos serviços à saúde (MATTA, 2007).

2.1.1 Direito fundamental à saúde a partir da dignidade humana

É uma tarefa difícil delimitar um conceito para a dignidade da pessoa humana diante da grandeza e abrangência desse princípio. Todavia, é válido destacar algumas tentativas conceituais apresentadas pela doutrina (PÓVOAS, 2012).

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia toda a área do direito, tendo como sentido proteger e promover individualmente e socialmente o indivíduo. Embora a natureza humana tenha origem em um pensamento clássico, a tutela da dignidade da pessoa humana começa ganhando relevância a partir da visibilidade no início do séc. XX. Na verdade, tudo isso aconteceu em função da atrocidade que antes era cometida pelos regimes totalitários, especificamente durante o regime nazista, em nível industrial e em proporções colossais. Foi possível na época presenciar a objetificação do ser humano, que configurou um marco histórico devido ao holocausto: pessoas eram exterminadas, não sendo vistas como sujeitos de direitos (GONÇALVES, 2016).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, surgiu a partir de um despertar da necessidade e da preocupação com a consolidação e positivação de ideias mais humanitárias. Após a Segunda Guerra Mundial, houve evidências de um procedimento de internacionalização diante de uma postura voltada para a dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, fazendo com que a ideia pudesse atingir em comum todos os povos e nações. Essa convicção traz a liberdade e igualdade em direitos e dignidade do indivíduo, conforme estabelecido no art. 1º da Declaração, que diz que o ser humano é dotado de razão e de consciência, devendo agir uns como outros em espírito de fraternidade (SILVA, 2005).

A Constituição Federal, logo em seu art. 1º, inciso III, traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, trata de uma característica inerente a qualquer estado popular que tenha como pretensão uma vida digna para seu povo, consequência do respeito à dignidade humana (PEREIRA, 2015).

Conforme Silva (2008, p. 387), no dicionário jurídico, a palavra dignidade está definida como “a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida”.

Trata-se, porém, de uma conceituação modesta em relação à magnitude que representa a dignidade humana. Sob uma perspectiva filosófica, abordando o princípio como elemento diferenciador entre pessoa e coisa:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (LÔBO, 2012, p. 48).

Por outro lado, sob uma perspectiva essencialmente jurídica, a “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades, expectativas patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO).

Independentemente da tentativa de conceituação dada à dignidade da pessoa humana, fato é que se trata de um macroprincípio do qual emergem diversos outros, como é o caso dos princípios da igualdade e da solidariedade (SILVA, 2005).

É importante destacar que foi por meio da imposição constitucional do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento pátrio que o patrimônio deixou de ser o cerne do ordenamento jurídico para dar lugar à pessoa.

Em decorrência, o Estado passa a ter o dever de observar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na abstenção de práticas que o desrespeitem quanto na execução de ações que garantam a dignidade de todos os seres humanos. Sendo assim, o Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (TARTUCE, 2014).

2.2 Contexto científico e as políticas de medicina regenerativa

Nos últimos anos a terapia regenerativa tem sido alvo de debate no âmbito público, porém a natureza promete trazer uma revolução na medicina. A terapia tem base nos princípios científicos das biociências e das biotecnologias da saúde, baseadas em células vivas, e torna-se difícil serem estandarizadas, por isso tem sido um assunto discutido em nível global (ACERO, 2014).

Esse contexto científico redefine conceitos de vida e morte e de propensão à doença, possibilitando um alargamento do ciclo vital, e, ainda, melhoria da qualidade de vida de uma pessoa. Todavia, “os grupos e os Estados nacionais convergem sobre a natureza e a cultura, as relações entre as espécies, a interação entre a ciência, medicina e sociedade e a articulação entre ciência, regulação e bioética” (PARRY, 2010; BROWS, 2009).

Existem algumas controversas que atingem a governança e a inclusão social de diversos públicos, pois entendem pluralmente sobre o setor, que prioriza atribuições e conhecimento situacional com base em idade, raça, etnia, gênero, orientação sexual e inserção social, no que diz respeito a uma política pública na formulação ou implementação da medicina regenerativa (ACERO, 2013).

Essa medicina regenerativa vem sendo estudada nos últimos 20 anos com base em células-tronco, assumindo um papel prioritário na pesquisa voltada para a saúde de todo o mundo. Países como Estados Unidos, União Europeia, Israel e Japão já desenvolveram estudos relevantes e marcos regulatórios. Porém, Índia, China, Brasil, Malásia, Chile e Argentina iniciaram sua implantação e estratégias nacionais nesse campo por meio de programas de fortalecimento da capacidade e do esforço na criação e no desenvolvimento de regulamentação específica (PALMA et al., 2015).

Apesar de ser um projeto inovador, existem alto risco, incerteza e desconhecimento em relação à índole política e social que redefina o significado cultural e a evolução desse setor, em outras palavras, de natureza científica e médica – o comportamento das células nos corpos humanos. Na verdade, é um grande desafio, pois envolve cálculos estatísticos de riscos, como julgamentos valorativos e novas aproximações à doença, com enfoque no apelo à emotividade e à compaixão, como em casos de doenças raras ou sem perspectivas alternativas de cura (ACERO, 2014).

A medicina regenerativa tem passado pelo processo de incerteza e uma grande esperança do paciente que espera um tratamento e que tem como expectativa a cura. Isso desperta emoções, esperança e otimismo; por outro lado, esbarra na incerteza de mais estudos, confiança institucional, comprometimento, e, ainda, regulamentação e declarações em saúde por meio de testemunhas envolvidas.

Nesse cenário torna-se uma alternativa atraente a formulação de políticas que estimulem o estudo da medicina regenerativa, principalmente em países em desenvolvimento, dada a possibilidade da participação desse mercado que ainda se encontra nesse estágio. Por isso, essa inovação local permitirá que ela seja mais acessível para a população, principalmente nos casos de doenças não transmissíveis, com apoio, base tecnológica e cognitivas para solucionar as necessidades locais, contribuindo com isso para a saúde e o desenvolvimento econômico do país (MCMAHON; THORSTEINSDÓTTIR, 2013).

É importante que as políticas públicas sejam destinadas a suprir, distribuir e regulamentar comportamentos que contribuam para caminhar pelo desenvolvimento tecnológico, enviando sinais (sanções e recompensas). Tais ações buscam fortalecer a capacidade das atividades reguladoras e incentivar um conjunto de política mais ampla na medicina regenerativa (BORTZ; ROSEMANN; VASEN, 2019).

2.3 Medicina regenerativa nas terapias celulares e células-tronco

A medicina regenerativa aprofunda em conhecimentos e novas técnicas de tratamento com oportunidade e popularização da terapia celular, uma prática que vem avançando em seu reconhecimento. Na Venezuela, foram realizados milhares de implantes de células-tronco em pacientes, atualmente diagnosticados com a doença de lúpus, uma doença degenerativa, além de artrite reumatoide, Mal de Parkinson.

A medicina regenerativa neurológica utiliza técnicas simples e seguras e é realizada em adultos. É inegável que esse mecanismo tem salvado muitas vidas. Consiste em fazer a retirada e implante de células-tronco no mesmo paciente, isto é, o uso das células sadias para o tratamento em local

que foi afetado pela doença. O curioso é que esse médico possui uma equipe e costuma atender seus pacientes em um laboratório ambulante.

O Dr. Carlos define o corpo como uma máquina perfeita. As células-tronco podem ser comparadas ao estepe de um carro: se o pneu estiver furado, é importante que haja outro para substituí-lo, isso também pode ser aplicado no corpo humano: por que não usar as células de reserva em caso de emergência? O importante é que a prática seja amparada por regras e legislações bem definidas e rigorosa para evitar maiores problemas com a lei.

Acero (2014) ressalta que as células-tronco (CT) são capazes de gerar cópias idênticas de si mesmas e se diferenciarem nos tecidos que compõem o corpo humano. Isso pode ser aplicado especialmente nos transplantes. Permite também a reparação de tecidos doentes ou lesionados. Tudo isso tem servido como técnica de pesquisa básica, como estudo de doenças em humanos, testar novas drogas e vetores na terapia gênica.

Rehen (2007) ressalta que as células podem ser classificadas em dois tipos: Pluripotentes: células-tronco embrionárias (CTE) – somente localizadas em embriões nas fases iniciais da divisão celular, capazes de se diferenciar em qualquer tecido do corpo. Multipotentes: células-tronco (CTA) tendo como capacidade diferenciar apenas nos tipos celulares específicos dos tecidos de origem.

Em um estudo em 2007 foram identificadas combinações de genes que, ao serem ativados e transferidos, são capazes de transformar células somáticas em células de pluripotência induzida, chamadas de iPS (TAKAHASHI et al., 2007).

O estudo de células-tronco adultas não é novo, pois o primeiro transplante foi de medula óssea realizado em 1968. Um deles aconteceu no tratamento de dois irmãos com uma severa imunodeficiência combinada. Todavia, a expansão desse tipo de tratamento aconteceu em 2000. Atualmente, já existe um protocolo habitual pertencente ao Sistema de Saúde Pública permitindo a realização desse tipo de terapia (UKCSI, 2005).

Existem protocolos que permitem a CTA em reparação de córneas, cartilagem e tecidos da pele. Uma fonte também usada é o sangue do cordão umbilical e da placenta, entre outras fontes de CTA. O desenvolvimento clínico nessa área – descoberta em 1978 – com expansão em 1988, aconteceu com o grande sucesso de um transplante que serviu no tratamento de anemia de Fanconi. Foram realizados cerca de 6.000 transplantes até o ano de 2007, estimando-se um total de 150 a 200 mil unidades de sangues armazenadas em bancos públicos internacionais (STEINBROOK, 2004).

As CTE humanas foram desenvolvidas de duas fontes diferentes, em período semelhante. Em 1998, o cientista James Thomson, da Universidade de Wisconsin, nos EUA, isolou células da massa interna de blastocistos – embriões até o quinto dia da gestação – e desenvolveu as primeiras cinco linhagens de CTE. No mesmo ano, o cientista Paul Gearhart e sua equipe da Universidade Johns Hopkins cultivaram pela primeira vez células germinativas humanas de células fetais do tecido das gônadas de fetos abortados. (ACERO, 2014, p. 854).

Apesar do desenvolvimento do CTA e da grande campanha no processo de divulgação, ainda existem divergências na opinião pública internacional, que ainda não se encontra suficientemente bem-informada em relação à situação. Há uma série de classificação de células-tronco usadas no tratamento de pacientes. Como citado anteriormente: células-tronco embrionárias; células-tronco mesenquimais da medula óssea (ZUTTON, 2013).

Outros estudos desenvolvidos com a medicina regenerativa são a fertilização assistida e a técnica de Substituição de núcleo celular (SNCT) de uma célula somática adulta e sua inserção numa CTE – ou colhagem terapêutica, com uso da clonagem da ovelha Dolly, duas precondições derivativas das linhagens de CTE. Esse tipo de estudo na época gerou grandes controvérsias sociais, e ainda há diversos debates públicos em nível global (ACERO, 2011; PARRY, 2003).

2.4 Regulamentação da medicina regenerativa no mundo

A regulamentação da medicina regenerativa presente no mundo oferece segurança e transparência, construindo fronteiras de regulação tradicional de saúde. Com estrutura regulatória emergente e a construção de fronteiras, permite que cada país possa desenvolver um aparelho coletivo, mas que reúne interseções entre essas práticas, em diferentes níveis, e intentos de harmonização normativa global (ARECO, 2013).

O marco regulatório específico na Argentina para células-tronco e terapias celulares avançadas ainda se encontra em fase de desenvolvimento. Todavia, existem leis que permitem oficialmente o procedimento, por meio da Lei de Medicamento (1964), a Lei da Prática Profissional de Medicina (1967) e o Ato de Transplante (1993). Recentemente, foi elaborada uma Resolução Ministerial de n. 610/2007 com a utilização clínica de células-tronco no país. A resolução permite o uso de células humanas com autorização do Instituto Central Único para Ablação e Implantação (INCUCAI) (BORTZ; ROSEMAN; VASEN, 2019).

O autor supracitado ainda ressalta que, ao permanecer a autoridade do INCUCAI, as intervenções da células-tronco deixaram de ser consideradas como um produto médico da União Europeia, Estados Unidos e Índia, mas, em função da Lei de transplante da Argentina, esse procedimento passa a ser de sua governança. Também surgiu um Decreto de n. 512/95, exceto os transplantes de células hematopoiéticas da medula óssea humana, todos os outros tipos de células-tronco devem ser estimados de forma experimental e estando sujeitos ao processo de avaliação.

Acero (2014, p. 857) ressalta que a medicina regenerativa tem um sistema de regulação através de direitos de propriedades intelectuais (PI) com ampla expansão global, que permitiu receber três aproximações bens distintas, contraditórias, inclusive “em relação à analogia aos direitos de proteção das CTE: as linhagens e produtos derivados”. Divergências nas práticas regulatórias e normas entre EUA e países da União Europeia, grupos específicos que vêm propondo contextos alternativos.

Na década de 1980 foi decidida pelo Suprema Corte Americana, no caso *Diamond vs. Chakrabarty*, patentes de materiais biológicos, uma bactéria geneticamente modificada, permitindo abrir novos caminhos em decorrência de uma pesquisa básica na área, fazendo parte outros associados. No mesmo ano, o *Bayh-Dole Act* deu possibilidade a empresas privadas em parceria com as universidades públicas de incluírem patentes com a finalidade de pesquisa com apoio e financiamento público (ORSI; CORIAT, 2006).

Um dos sentidos iniciais do sistema que possibilitou a ampliação dos direitos de PI nos EUA foi a inovação de novas regras e com níveis maiores de exigência em relação à novidade e atividade inventiva, aumentando o escopo de descobertas, podendo ser sujeitas a patente, incluindo células,

tecidos e genes humanos. As diversas aplicações permitiram que as inovações fossem protegidas, e os titulares das patentes tiveram que preservar sua exclusividade (LEVINE, 2011).

Em 1990, o Reino Unido regulamentou, ganhando *status* jurídico, a Fertilização e Embriologia Humana, com desenvolvimento de um “aparato coletivo de formação de sentido”, lembrando que tudo isso respeita as novas entidades biológicas híbridas, por meio da disposição social das noções de pré-embrião, embrião extracorpóreo e híbrido (animal/humanos). Além de propor arcabouços regulatórios de acordo com as representações sociais, morais e religiosas, com domínio de diferentes culturas e negociações com intensas discussões públicas (FRANKLIN, 1999).

Walters (2004) ressalta que foram classificadas várias medidas regulatórias internacionais com adoção de seis opções diferenciadas de políticas com nível permissível de cada país sobre a utilização de embriões das linhagens de células-tronco embrionárias (CTE) em pesquisa.

As políticas adaptadas pelo Reino Unido foram as mais liberais em relação ao uso de CTE, a Bélgica e a Suécia seguiram o mesmo pensamento, que de forma gradual apresentaram o liberalismo desde o ano de 2000. Outros países emergentes participaram com a mesma visão, dentre eles, China, Coreia do Sul, Cingapura, e recentemente a Índia. Os EUA estão liderando no contexto global sobre o setor e vêm mudando faz quatro décadas. O setor público teve apenas como opção a pesquisa de linhagens de células, mas já existe pesquisa que aceita várias opções, principalmente após o mandato do Presidente Obama, em 2009.

2.5 Aspectos regulatórios brasileiros

“A Lei 9.782/1999 é o documento jurídico que cria a ANVISA e define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária nacional. Estabelecendo a natureza jurídica, sua finalidade institucional, competências e o desenho organizacional administrativo” (LOUREIRO, 2019, p. 39).

Sabe-se que a Anvisa é uma personalidade jurídica, instituída como autarquia especial, com característica independente administrativa, com autonomia financeira e estabilidade com seus dirigentes, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede em Brasília, atuante em todo o território brasileiro. Tem finalidade institucional no processo de promoção da proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário na produção e na comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, pertencentes ao ambiente, ao processo, aos insumos e às tecnologias relacionadas aos portos, aeroportos e fronteiras (LOUREIRO, 2019).

Para regulamentação de tratamento com terapia regenerativa, é importante ressaltar que surgiu a lei 9.782/1999, que serviu para normatizar Pareceres, RDC etc. Uma das primeiras RDC criadas com objetivo de normatização na terapia de células foi de nº. 9/2011, com objetivo de regulamentar o funcionamento dos Centros de Tecnologia Celular (CTC) e os requisitos necessários para disponibilização de células, além do licenciamento obrigatório dos estabelecimentos. Também previa pesquisas clínicas com aprovação de projeto de pesquisa pelo Comitê de Ética, em conjunto com a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CEP/CONEP).

A regulamentação realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) diz respeito à terapia regenerativa, formada por: RDC nº. 214, de 12 de fevereiro de 2018 e RDC n.

°338, de 20 de fevereiro de 2020, Parecer de n°. 2/2020, e dispõe sobre regras de liberação de terapia em células humanas para uso terapêutico e pesquisa clínica. Também tem o uso de células-tronco do cordão umbilical avançadas.

Os art. 1° e 2° da RDC 214/2018 estabelecem boas práticas com a utilização de células humanas com objetivos de tratamento terapêutico e pesquisa clínica, sendo necessários requisitos técnicos sanitários mínimos ao ciclo produtivo de células e Produto de Terapias Avançadas, tendo em vista a segurança desses produtos (BRASIL, 2018).

Para a Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular (ABHH), a edição das normas voltadas para esse tipo de tratamento serviu para prejudicar o avanço da terapia celular e do transplante de medula óssea no Brasil, segundo o Comitê da ABHH de Ribeirão Preto, pois o texto normativo restringe as opções de tratamento, e faz exclusão de potenciais doadores por razões injustificáveis (ABHH, 2019). O art. 8 ressalta os procedimentos clínicos e os critérios para um doador de células:

Art. 108 A seleção do Doador, autólogo ou alogênico, deve seguir critérios definidos previamente em POPs, incluindo triagem clínica e social, avaliação física, triagem laboratorial e demais avaliações pertinentes relacionadas ao potencial Doador, de acordo com esta Resolução e demais normas definidas pelo Ministério da Saúde. §1° Os critérios de seleção devem assegurar proteção ao Doador e a segurança do Receptor. (BRASIL, 2018, p. 7).

É possível encontrar algumas restrições quanto à probabilidade de doador compatível de células-tronco hematopoiéticas, sendo mais comum ter apenas um doador. Para quem recebe significa muito, pois é a única chance de se curar, quem sabe, de uma leucemia. Essa situação não pode ser comparada com uma doação de sangue, que tem várias possibilidades de se encontrar uma pessoa compatível. Portanto, deve ser obrigatória a aceitação de critérios de doação de células-tronco, a RDC impõe questões de exclusão de doadores por razões descabidas. O artigo 9° ressalta os critérios para ser um doador de células e os riscos envolvidos:

Art. 109 O serviço responsável pela obtenção do TCLE deve prover todas as informações relativas ao processo de doação, riscos envolvidos, testes laboratoriais, entre outras necessárias à compreensão e assinatura do TCLE, o qual deve ser redigido em linguagem clara e compreensível para o leigo, devendo conter os seguintes itens, quando couber: e VII – informações sobre a possibilidade de negar ou desistir da doação nas diversas fases do processo, bem como, quando se tratar da doação de células progenitoras hematopoiéticas (para uso em transplante convencional), informações sobre as consequências ao Receptor, caso a desistência ocorra após o início do regime de condicionamento. Parágrafo único. No caso de Doador com idade inferior a 18 anos ou incapacitado, o TCLE deve ser firmado pelos pais ou Responsável Legal. (BRASIL, 2018, p. 8).

Conforme o art. 126, inc. XI, da RDC 241/2018², alguns parágrafos esclarecem e estabelecem aos candidatos critérios que devem permitir doadores de células para transplante alogênico, se houver alguma restrição em relação à doação de sangue, certamente não poderá doar, sendo inapto ao transplante. Em uma análise sobre as normas, uma pessoa que se candidata a doar e que fez tatuagem há dois meses, terá que esperar mais dez meses para ser um doador de medula óssea para seu

2 Art. 126. São critérios de exclusão do candidato à doação de células para uso alogênico, incluindo as células utilizadas como material de partida para a produção de Produtos de Terapias Avançadas: I – teste reagente/positivo para vírus.

irmão que esteja com leucemia, sendo que vários outros artigos ressaltam sobre algumas restrições igualmente sem justificativa.

Outro critério relevante no art. 10 da RDC 214/2018 é sobre hematologista e a necessidade de aprovação em relação à pesquisa clínica, produtos de terapias avançadas que poderão ser disponibilizados como critério de pesquisa clínica após a aprovação do projeto pelo Sistema CEP/CONEP e pela Anvisa.

Art. 110 As triagens clínica e social, e a avaliação física do Doador alogênico devem incluir, no mínimo:
exame físico geral e histórico de saúde, incluindo gestação em curso;
perguntas relacionadas à identificação de risco de anestesia, para Doadores de medula óssea, ou de acesso venoso, central e periférico, para Doadores por aférese;
histórico de vacinação;
histórico de viagens e exposição a agentes infecciosos, bem como a prevalência de doenças infecciosas locais;
histórico de transfusão de hemocomponentes e uso de hemoderivados;
histórico de transplante de tecidos, células ou órgãos, e xenotransplante;
perguntas relacionadas à identificação de majoração de risco de doenças infecciosas transmissíveis pelo sangue;
perguntas relacionadas à identificação de risco de transmissão de doenças ou condições hereditárias;
perguntas relacionadas à identificação de risco de transmissão de doenças hematológicas ou imunológicas;
histórico de doenças malignas; e
presença, no corpo do Doador, de sinais físicos que sugiram risco ou sintoma de doenças malignas ou sexualmente transmissíveis, tais como: a) lesões de pele ou mucosas; cicatrizes ou incisões cirúrgicas; icterícia; hepatomegalia; e linfadenopatia difusa. (BRASIL, 2018, p. 8).

A RDC 214/2018 dispõe sobre as boas práticas em células humanas na utilização terapêutica e pesquisa clínica. Uma RDC de nº. 260/2018, previsto pela Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999, dispõe por meio do art. 1º e 2º sobre os requisitos regulatórios para a realização de ensaios clínicos com produtos de terapia avançada investigacional no Brasil, por meio de estudo através de pesquisadores e patrocinadores de “Procedimentos Operacionais Padrão (POP) do patrocinador, as boas práticas clínicas (BPC) e as exigências regulatórias aplicáveis” (BRASIL, 2018b, s. p.).

A RDC 338, de 20 de fevereiro de 2020, dispõe sobre registro de produto de terapia avançada, previsto pela Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999. O art. 1º estabelece requisitos quanto ao registro de produtos de terapia avançada, comprovada sua eficácia, segurança, e, ainda, qualidade para que seja comercializado. O art. 2 da referida RDC aplica as terapias avançadas com concessão de registro pela Anvisa com possíveis registros dos produtos de terapia celulares avançadas, engenharia tecidual e terapias gênicas (BRASIL, 2020, s. p.).

Os art. 5º e 6º ressaltam os dispositivos gerais referentes à RDC 338/2020, da seguinte forma:

Art. 5º Os pedidos de registro de produto de terapia avançada serão analisados de acordo com os requisitos estabelecidos nesta Resolução e na legislação sanitária vigente.
Art. 6º No ato do protocolo do pedido de registro, o requerente, pessoa jurídica, deve comprovar o pagamento da taxa de fiscalização sanitária correspondente e informar se a petição se refere a:

III- registro para produto de terapia avançada classe I ou II, que necessite de dados e provas adicionais comprobatórias de eficácia clínica, conforme disposto no Capítulo VI desta Resolução. (BRASIL, 2020, s. p.).

A RDC 338 é responsável pelo pedido de autorização ou registro mediante comprovação de que os produtos de terapia avançada têm comprovação de segurança e também indício de eficácia. É importante que o produto aprovado tenha passado por mecanismo rigoroso de monitoramento e acompanhamento.

O parecer CFM nº. 2/2020 tem como assunto a terapia regenerativa usando tecidos com alto teor de células-tronco, a chamada tecnologia GID. A relatora Conselheira Natasha Shessarenko explica que são consideradas experiências utilizadas como critérios do sistema CEP/Conep. ASDBV e CMS, representantes tecnológicos GID do Brasil, que solicitaram reconhecimento dos procedimentos ou terapias em utilização corrente no exterior, através do dispositivo da Resolução Normativa CFM 1.982/2012.

O objetivo desse parecer é a utilização de células-troncos representando uma grande esperança para reparação e regeneração tecidual de várias doenças, como neuromusculares e cardíacas, diabetes, mal de Parkinson e lesões de medula, servindo para a substituição de células ou tecido com a finalidade de correção.

Ainda sobre a liberação da terapia avançada, Mattos (2017) ressalta o enquadramento e regulações específicas da terapia celular brasileira e de medicamentos, conforme classificação do *European Medicine Agency* (EMA), para uso humano em terapia avançada por meio da Resolução nº. 1394/2007, estabelece sobre a fiscalização e a farmacovigilância dos medicamentos de terapia avançada. A Food and Drugs Agency (FDA) são duas regulações que descartam em razão do seu avançado regramento destinado à terapia celular, enquadrando as das seguintes categorias existentes como produtos biológicos, dispositivos médicos ou produtos combinados.

A regulamentação realizada pela Anvisa tem a função de criar categorias e produtos de terapia avançada, com arcabouço regulatório autônomo constituído por meio das regulações citadas. Cada licença e autorização de ensaios clínicos e análise adicionais, também riscos de produtos de engenharia genética e a utilização do tratamento são atribuídos à FDA e à Anvisa.

2.6 Tratamento jurídico no processamento e armazenamento de células-tronco

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela liberação de pesquisa com células-tronco embrionárias, alegando que não violavam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. A argumentação foi realizada por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) usada pelo Procurador-Geral da República Claudio

Fonteles, ajuizada com a finalidade de impedir essa linha de estudo científico. Porém, para seis Ministros, a maioria da Corte, fundamentada pelo art. 5º da Lei Biossegurança, não merece reparo. “Votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen

Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello” (BRASIL, 2008, s. p.).

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes também disseram que a lei é constitucional, mas pretendiam que o Tribunal declarasse, em sua decisão, a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essa questão foi alvo de um caloroso debate ao final do julgamento e não foi acolhida pela Corte. Outros três ministros disseram que as pesquisas podem ser feitas, mas somente se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco. Esse foi o entendimento dos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Esses três ministros fizeram ainda, em seus votos, várias outras ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país. (BRASIL, 2008, s. p.).

Essa argumentação e liberação permitiu mudar os rumos da ciência, considerando a importância de manter o estudo, além de levar a processar e armazenar células-troncos em futuros tratamentos, ressaltando que essa linha de estudo garante o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. A jurisprudência seguinte relata uma apelação cível ao Instituto Medicina de Processamento e Armazenamento de Células Tronco (BRASIL, 2007).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 401.466-0 VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA, EM QUE SÃO APELANTES LEONARDO RIBAS GOMES E OUTRAS, RECORRENTE ADESIVO INSTITUTO MEDICINA DE PROCESSAMENTO E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO LTDA., E APELADOS, OS MESMOS. – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA ÇLIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – COLETA E ARMAZENAGEM DE CÉLULAS-TRONCO – EMPRESA QUE, NÃO OBSTANTE TENHA RECEBIDO O PAGAMENTO CORRESPONDENTE, DEIXA DE ENVIAR PROPOSTA QUALIFICADA PARA COLETA DE MATERIAL A SER RETIRADO DO CORDÃO UMBILICAL – OPORTUNIDADE ÚNICA – MOMENTO DO NASCIMENTO – NEGLIGÊNCIA DA RÉ VERIFICADA – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – SENTENÇA REFORMADA – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS – APELAÇÃO PROVIDA E RECURSOS ADESIVOS PREJUDICADOS (BRASIL, 2007, s. p.).

O julgamento citado ressalta a importância do uso das células-tronco no tratamento de doenças degenerativas. Inicialmente, uma família realizou um acordo contratual com o Instituto de Medicina de Processamento e Armazenamento de Células-Tronco de seu filho que estava prestes a nascer, a coleta custaria R\$ 4.500,00, e o armazenamento ficaria em R\$ 800,00 ao ano. Dois dias antes do parto, a empresa foi comunicada por telefone do horário, dia e local que aconteceria o parto, para realização da coleta. Todavia, o preposto a empresa ré chegou ao local somente uma hora depois da coleta das células-tronco, que deveriam ser retiradas do cordão umbilical da criança. Houve reconhecimento da culpa, levando o réu a devolver todo valor pago, além de oferecer uma futura coleta caso o casal tenha um segundo filho. Na primeira instância o Juiz alegou improcedente a indenização por danos morais, por alegação da ré que houve falta de comunicação entre as partes e o mero descumprimento contratual, não houve pagamento da taxa anual, além de alegar enriquecimento ilícito à custa da ré, por fim, pugnou pela improcedência da demanda (BRASIL, 2007).

Todavia, o requerente entrou com recursos novamente alegando dano moral e descumprimento contratual, por se tratar da única chance existente para coleta das células-tronco do cordão umbilical do filho do casal. O mérito é de que as células-tronco são o grande trunfo da ciência para

a cura de inúmeras doenças que, atualmente, são consideradas incuráveis. Considerando um grande avanço na área genética humana e biológica molecular que vem provocando mudanças significativas na medicina, inaugurada pela chamada era da medicina regenerativa, células encontradas no cordão umbilical e na medula óssea dão origem a todas as células que formam o sangue e o sistema imunológico, utilizadas no tratamento de uma série de doenças que necessitam de regeneração de tecidos (BRASIL, 2007).

O julgado abaixo é um recurso realizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ré autorize e/ou custeie o procedimento cirúrgico prescrito pelo médico, num prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 no cumprimento da obrigação, limitada em 30 dias (BRASIL, 2019, p. 4).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – AUTORA PORTADORA DE LOMBALGIA, NECESSITANDO REALIZAR UM PROCEDIMENTO DE ARTRODESE DE COLUNA, ASSOCIADA AO USO DE MEDICINA REGENERATIVA DE COLEGA E APLICAÇÃO DE MEDULA ÓSSEA – NEGATIVA DA OPERADORA DE SAÚDE SOB O ARGUMENTO DE QUE O PROCEDIMENTO É EXPERIMENTAL E NÃO ESTÁ PREVISTO NO ROL DA ANS – TUTELA DE URGÊNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO ARTIGO 300 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – discussão acerca da legitimidade da recusa ao custeio é material de mérito que não pode ser analisada nesta esfera – DECISÃO MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS (TJ – SP – AI: 202269972020198260000 SP 2022697 – 20.2019.8.26.0000, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 18/02/2019, 5ª Câmara de Direito Privado, data de Publicação 18/02/20219);

A ré alega que a realização do procedimento cirúrgico, informado pelo “profissional assistente por meio do “Código TUSS 40403076, Coleta de medula óssea para transplante” e na sequência “aplica-se na medula óssea ou célula-tronco”, não condiz com o procedimento em si e é tecnicamente impossível, além de ser completamente experimental”. Também ressalta que não há previsão da Agência Nacional de Saúde Suplementar na aplicação da mesma (BRASIL, 2019, p. 4).

Nesse sentido, a Súmula 102 deste Egrégio Tribunal assim dispõe: Súmula 102: “Havendo expressa indicação médica, é PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Agravo de Instrumento nº 2022697-20.2019.8.26.0000 -Voto nº 27742 5 abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”. (BRASIL, 2019, p. 4).

Por não ser previsto no rol da ANS e não se referir a transplante de coluna, o procedimento não está correlacionado ao disposto na decisão agravada. Nos autos, a concessão da medida justifica pelo fato da gravidade da doença, estando o paciente com mobilidade reduzida, dores, formigamento, sem força no membro inferior, com a demora, poderá agravar o quadro, por isso foi reconhecida a existência do perigo de dano, levando ao interposto negado, em razão, não podendo ser analisado na presente esfera, pena de se esvaziar o pedido principal e violar o princípio do duplo grau de jurisdição (BRASIL, 2019, p. 4).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medicina regenerativa possui inúmeros aspectos regulatórios que vêm sendo desenvolvido ao longo dos anos. Esse tipo de terapia serve para substituir tratamentos tradicionais, possibilitando a regeneração de órgãos, tecidos e células com o objetivo de estabelecer a saúde do paciente e até chegar à cura por completo.

Com base nisso, o objetivo do estudo foi analisar aspectos regulatórios brasileiros da medicina regenerativa no tratamento a pacientes que sofrem doenças graves sem expectativa de cura ou tratamento adequado, somente paliativo. As regulamentações internacionais pertencem ao direito comparado de diversos países do mundo, apesar de sofrerem inúmeros dilemas nos últimos tempos, tornando a situação brasileira ainda mais delicada por várias circunstâncias, e, conseqüentemente, um modelo legal que poderia ser extremamente positivo, umas delas é a regularização pela RDC nº. 214/2018, apesar de essa normatização prever o uso desse tipo de terapia.

As Agências Reguladoras desempenham um papel fundamental nos critérios normativos, controle e fiscalização dos produtos e terapia celular, com intervenção estatal do mercado na produção e comercialização, e a Anvisa no controle para que possa corrigir falhas sistemáticas e promover atualizações e clarezas do conteúdo normativo.

Porém, o excesso de exigências técnicas e burocráticas faz com que se tornem desnecessárias, podendo levar à construção de um regulamento obtuso, isto é, inadequado e acarretando prejuízo a todo o setor e, especificamente, à sociedade. A burocracia acaba inibindo o desenvolvimento científico e econômico do setor.

Enfim, é importante o acesso à terapia celular da sociedade, com transparência, e fundamentalmente seu aprimoramento, dotado de flexibilidade, criatividade e inovação no setor produtivo. A norma deve seguir uma linguagem clara, também é preciso ter medidas alternativas à regulação adotadas, como aspectos técnicos metodológicos essenciais, resguardando os regulamentos materiais.

REFERÊNCIAS

ABHH. Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular. *RDC sobre terapias avançadas prejudica a escolha do melhor tratamento pelo paciente, afirma especialista*. 2018. Disponível em: <<https://abhh.org.br/noticia/rdc-sobre-terapias-avancadas-prejudica-a-escolha-do-melhor-tratamento-pelo-paciente-afirma-especialista/>>

ACERO, L. Governança na nova genética e a participação pública: o caso das pesquisas com células-tronco. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 21, n. 3, p. 795-812, 2011.

ACERO, L. *Pesquisas e terapias com células-tronco: Governança, visões sociais e o debate no Brasil*. Rio de Janeiro: E-Papers, 2011.

ACERO, Liliana. *Internacionalização, ciência e saúde: a medicina regenerativa global e os mercados paralelos*. Programa de Pós-Graduação, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

ACERO, Liliana. Políticas internacionais em ciência e saúde: 851 a pesquisa celular e a medicina regenerativa. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 24, n. 3, 2014, p. 851-870.

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008.

ALMEIDA, A. O.; FREIRE, M. V. V. Direito à saúde no Brasil: reserva do possível e mínimo existencial nas decisões do superior Tribunal de Justiça (2010-2016). *R. Dir. sanit.*, São Paulo. v.19 n.2, jul./out. 2018, p. 55-77.

ASENSI, F. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013. 370p.

BAPTISTA, T. W. de F. *História das Políticas de Saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde* (capítulo 1 do livro: Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do SUS). Gustavo Corrêa Matta e Ana Lúcia de Moura Pontes (Orgs). FIOCRUZ e Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2007.

BORTZ, Gabriela; ROSEMANN, Achin; VASEN, Federico. Construção das terapias com células-tronco na Argentina: regulação, gestão de riscos e políticas de inovação. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 21, n. 50, jan-abr 2019, p. 116-155.

BRASIL. *Agravo de Instrumento n. nº 2022697-20.2019.8.26.0000*. Comarca: Embu das Artes 3ª Vara Judicial Ação: Obrigação de Fazer Juíza: Tatyana Teixeira Jorge Agravante: Life Empresarial Saúde Agravada: Miriam Domingos Ferreira. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, 2019.

BRASIL. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos: Universidade de São Paulo – USP. 1946.

BRASIL. RDC 338/2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3086545/RDC_338_2020_COMP.pdf/b365c029-58d9-48b2-ae0c-f84feb388704> Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC Nº 260, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2018*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57218930/do1-2018-12-28-resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-260-de-21-de-dezembro-de-2018-57218634> Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. *RESOLUÇÃO DE DIRETORIA COLEGIADA – RDC 214/2018* Disponível em:< [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3078078/\(1\)RDC_214_2018_.pdf/8acbc5cb-bca6-4725-b9de-da584e3c024a](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3078078/(1)RDC_214_2018_.pdf/8acbc5cb-bca6-4725-b9de-da584e3c024a)> Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico. 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade_de_const/con1988/con1988_06.06.2017/art_196.asp> Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. *Revista Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. TJ-PR – AC: 4014660 PR Relator: Ronald Schulman, Data de Julgamento: 17/05/2007. 10ª Câmara Cível, Data de Publicação. DJ: 7377. Disponível em: <<https://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275873/apelacao-civel-ac-4014660-pr-0401466-0/inteiroteor-12401176?ref=serp>> Acesso em: 25 jul. 2020.

BROWN N. *Beasting the embryo: the metrics of humane loss in the transpecies embryo debate*. *Biosocieties* vol. 4, n. 2-3. 2009. p.147-163.

BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EMA, European Medicine Agency. *Oficial website*. 2019. Disponível em: <<https://www.ema.europa.eu>> Acesso em: 20 maio 2020.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Direito Civil: Teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANKLIN, S. Making representations: the parliamentary debate on the Human Fertilization and Embryology Act. In: EDWARDS, J. et al. (Ed.). *Technologies of Procreation: kinship in the age of assisted conception*. London: Routledge, 1999. p.14-28.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. P. *Novo curso de direito civil*. Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. Rev., Atual. e Ampl. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 74.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro: Parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, V. G. *Reflexos da judicialização da saúde no acesso igualitário a políticas públicas: a questão dos leitos de UTI no Estado do Ceará*. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2016 155f.

LÔBO, P. *Direito Civil - parte geral*. 3.ed.São Paulo: Saraiva. 2012. p. 48.

LOUREIRO, Vitória Gimenes. *Regulamentação da Terapia Celular: uma análise comparativa dos modelos europeu, americano e brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada para o Programa de Ciências Genômicas e Biotecnologia da Universidade Católica de Brasília. 2019.

MACIEL, W. Hipócrates. *Revista infoescola*, 2015. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/biografias/hipocrates/>> Acesso em: 08 jul. 2020.

MASON, C.; DUNNILL, P. A brief definition of regenerative medicine. *Regenerative Medicine*, v. 3, n. 1, 2008. p. 2-5.

MATTA, G. C. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, A. L.de M. (Orgs). *Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. p. 61-80.

MATTOS, Paulo T. S. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Coleção capitalismo & democracia). 2017.

MCCMAHON, Dominique; THORSTEINSDÓTTIR, Halla. Pursuing endogenous high-tech innovation in developing countries: a look at regenerative medicine innovation in Brazil, China and India. *Research Policy*, v. 42, n. 4, 2013. p. 965-74.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOUTINHO, B. M. Direito ao esquecimento como um direito fundamental. In: *Arquivo Jurídico*, v. 2, n. 2, jul/dez. 2015, p. 131-160.

OLIVEIRA, A. L. de. História da saúde no Brasil: dos primórdios ao surgimento do SUS. *Revista Encontros Teológicos*, n. 61, Ano 27, n. 1; 2012, p. 31-42.

ORSI, F.; CORIAT, B. The new role and status of intellectual property rights in contemporary capi-

talism. *Competition & Change*, v. 10, n. 2, 2006. p. 162-179.

PAIXÃO, L. S. da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 6, 2019, p. 2167-2172.

PARRY, S. Interspecies Entities and the Politics of Nature. In: Parry S, Dupré J, editors. *Nature After The Genome*. Oxford: Blackwell, *Sociological Review*. 2010.

PARRY, S. The Politics of Cloning: mapping the rhetorical convergence of embryos and stem cells in Parliamentary Debates. *New Genet Soc.* vol. 22, n.2, 2003, p.177-200.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PÓVOAS, M. C. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

REHEN, S. *Células-tronco: o que são? Para que servem?* São Paulo: Vieira e Lent, 2007.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado. 11 ed. 2012.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, P. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEINBROOK, Steinbrook R. Egg Donation and Human Embryonic Stem-Cell Research. *NEngl J Med.* vol. 354, n.4. 2006, p.324- 326.

STUDART, A. P. D.; MARTINEZ, L. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. *RJLB*, n. 1. Ano 5. 2019, p.121-165.

TAKAHASHI, K. et al. Induction of pluripotent stem cells from adult human fibroblasts by defined factors. *Cell*, v. 131, n. 5, 2007, p. 861-872.

TARTUCE, F. *Direito civil*. Volume 5: Direito de Família. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

WALTERS L. Human embryonic stem cell research: an intercultural perspective. *Kennedy Inst Ethics J.* vol.14, n. 2, UKCSI, 2005, p.34-55.

ZUTTON, Marília Sanches Santos Rizzo. *Estabelecimento da linhagem de células-tronco do tecido adiposo de suínos*. Tese apresentada para obtenção do título de Mestre em Ciências à Universidade Federal de São Paulo - Escola Paulista de Medicina. São Paulo. 2013. 90f.

RESUMO

Este artigo visa abordar o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinal envolvidos nas situações que ocorrem quando um paciente menor civilmente necessita de tratamento de saúde com risco de vida, e o médico assistente entende a necessidade do tratamento na tentativa de salvar a vida do paciente, mesmo contrária às decisões do representante parental e muitas vezes desconsiderando o direito à autonomia privada do paciente menor. As normativas dos conselhos de classe, muitas vezes, criam no profissional da saúde, em especial no médico, a ideia de que o paciente menor não tem autonomia privada, fato que se aduz da sua incapacidade civil disposta em lei. Isso piora muito quando o paciente menor está diante da necessidade de um tratamento sob risco iminente de vida. Por buscar não só o estudo da lei e sua aplicação no caso sob análise, mas também a opinião balizada de grandes doutrinadores e sábios do ramo do Direito, objetiva entender até onde vai o direito da representação parental, da possibilidade de expressão da autonomia privada do menor, bem como a necessidade de ponderação real dessas pelos médicos assistentes, ao realizarem tratamentos sob risco de vida, em especial na tomada de suas decisões. Como conclusão, teremos os esclarecimentos sobre o tema, demonstrando que o respeito à autonomia privada do paciente menor bem como a representação parental podem sim encontrar um ponto em comum com o almejado pelo médico assistente, que sempre é o de salvar vidas.

Palavras-chave: Tratamento Médico. Representação Parental. Autonomia Privada. Paciente menor.

1 Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Médico e Odontológico, pelo Curso de Especialização em Direito Médico e Odontológico ofertado em parceria do Centro Universitário Unicambury com a Universidade Corporativa da Anadem – UCA.

2 Pós-graduando em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa da ANADEM - UCA. Graduado em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON. Secretário Adjunto da Comissão de Direito Médico, Sanitário e defesa da Saúde OAB/RO. Conselheiro jurídico e científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Vice-Presidente da Diretoria de Rondônia da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico - Capítulo Brasil. Advogado. E-mail: attieadvogado@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desdobrará em 9 (nove) capítulos, que abordarão a temática no campo de visão do médico assistente, do paciente menor e de seu representante parental, bem como mostrará o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

Assim sendo, este trabalho tem como escopo esclarecer o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinário nas situações em que pacientes menores de idade precisam ser submetidos a tratamentos que, muitas vezes, vão contra a sua vontade e a de seu representante parental (ou legal, a depender de cada caso). Diante do atual entendimento, em especial dos CFM e CRMs, o médico assistente muitas vezes se vê autorizado a realizar procedimentos sem levar em consideração a opinião do representante parental e muito menos de cogitar considerar a opinião do paciente menor civilmente, em especial quando o procedimento envolve risco de vida.

Grosso modo, conforme emana o art. 1º do Código Civil de 2002, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Porém, conforme se aduz do art. 3º, “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”, complementado pelo Artigo 4º, todos do mesmo código civil, que nos informa que, em especial em seu inciso I, os menores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos são incapazes relativamente “a certos atos ou a maneira de exercê-los”.

Destarte, muitos pacientes menores, mesmo apresentando em certos casos madureza suficiente para manifestar-se, através de sua autonomia privada (ou, conforme o caso em tela: autonomia progressiva), por exemplo, sobre o tratamento que entendem ser o melhor para si, são na maioria dos casos ignorados não só pelo profissional médico, mas também pelo seu representante parental, pelo simples fato de serem incapazes, quer relativamente ou absolutamente nos termos do Código Civil brasileiro. Esse entendimento tem sofrido constante mudança, em especial nos quesitos doutrinários e jurisprudenciais, por isso fundamental se faz a abordagem de tal temática.

Na segunda seção buscar-se-á verificar o entendimento sobre a aplicação da autonomia privada de pacientes menores que precisam ser submetidos a determinados tratamentos de saúde. Estudará também a origem desse princípio basilar e suas relevantes considerações, bem como a sua diferença com outro princípio que com esse não se confunde: o da autonomia da vontade. Outrossim, para se entender completamente o real significado do princípio da autonomia privada, faz-se mister navegarmos mesmo que superficialmente sobre um outro princípio: o da liberdade.

Na terceira seção será considerada a Teoria Geral da Capacidade, em que serão explanadas as capacidades genéricas, incapacidades relativas e as incapacidades absolutas, em especial nos termos do nosso Código Civil. Aqui será abordada a oportunidade perdida pelo legislador ao desconsiderar a autonomia progressiva do menor.

Na quarta seção será trazida à atenção do leitor a Representação Parental, sua derivação do poder familiar bem como os impactos jurídicos dos pais em relação aos filhos menores.

Por conseguinte, a quinta seção emergirá na apresentação do atual entendimento do Conselho Federal de Medicina (CFM) em relação à autonomia do paciente menor, bem como seu aparente conflito com o enunciado 532 CJP e os artigos 11 e 13 do Código Civil de 2002.

Como parte importante e que demonstra a evolução do tema em tela, serão apresentadas na sexta seção jurisprudências atuais que refletem o entendimento atual do nosso poder judiciário ao lidar com tais questões, escopo deste trabalho.

Por último, na oitava seção, tem-se como proposta expor as conclusões bem como o entendimento pessoal obtidos por este aluno sobre o tema em tela.

2 DA AUTONOMIA PRIVADA

Um dos princípios basilares do direito brasileiro é o Princípio da Autonomia Privada. Esse percebe-se claramente explícito no artigo 15 do Código Civil de 2002, que reza: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Em consonância, o mesmo Código Civil, em seu primeiro artigo, declara que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, porém, aos menores de idade, conforme inteligência do art. 3 do nosso Código Civil, essa capacidade é relativizada, sendo, na maioria dos casos, os responsáveis legais (em sua maioria os pais) os que possuem o dever da égide dos melhores interesses do menor, enquanto não atingirem a maioridade civil aos 18 (dezoito) anos, e desde que gozem de pleno uso de suas capacidades cognitivas e aptos a produzirem efeitos na esfera civil.

Nesse sentido destaca a Professora Luciana Dadalto (2018), com magnificência, a respeito do tema que “ocorre que se é costumeiro transferir o poder decisório aos pais na pediatria, do ponto de vista jurídico essa transferência é questionável.”

Conforme entendimento atual, a autonomia privada conceitua-se, muito influenciada pela visão de Kant, como um princípio jurídico que garante ao sujeito o poder de manifestar sua própria vontade, ditando, por assim dizer, as regras do jogo de sua vida, desde que não contrariem dispositivo legal.

Conforme brilhante ensinamento das doutoras Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá⁴:

A autonomia privada é decorrência da transformação da clássica autonomia da vontade e uma superação da visão voluntarista do Direito. Hoje, não mais se defende que é a vontade a força motriz do surgimento de situações subjetivas, mas que os sujeitos jurídicos, dentro de um espaço de liberdade, podem compor as suas relações de vida. (PARGENDLER, s.d.).

E nesse sentido também seguem os ensinamentos de Pargendler:

A autonomia privada consiste, pois, no poder, conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico de criar, dentro dos limites estabelecidos por lei, normas jurídicas. A autonomia privada identifica-se com um método de produção jurídica que Hans Kelsen definiu como democrático (PARGENDLER, s.d.).

A professora Thais Secco (2013), em sua dissertação de mestrado, defende que a imposição da incapacidade pode acabar por ameaçar os menores ao invés de os proteger, a depender do limite. É como propala:

A crítica às incapacidades está em que, tidos por vulneráveis os chamados incapazes, é imprescindível indagar de que maneira a incapacidade se propõe a os proteger do que os ameaça sem deixar de indagar – principalmente – até que ponto não é a própria atribuição do status de incapaz que não se revela como uma das maiores ameaças que pendem sobre essas pessoas a implementar a vulnerabilidade que, de resto, é condição de todo ser humano. A crítica, como se pode ver, se dirige quase que inteiramente às incapacidades. (SECO, 2013, p. 17).

Verifica-se, assim, que o cerne da discussão está na possibilidade ou não de o menor poder expressar a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada progressiva, que, aplicada à temática, permitiria a ele participar das escolhas de tratamentos de saúde ou da discussão de alternativas a esses que sejam condizentes com sua maturidade mental para a tomada de tais decisões.

2.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana

O legislador constitucional, após longos períodos de exceção e de desrespeito ao ser humano, ao promulgar a Constituição de 1988, abre o título I, da Carta Cidadã, estatuinto como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Com isso seu art 1º, inciso III, propala que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

Destarte, conforme emana da Carta Máxima do Brasil, a dignidade da pessoa possui um valor fundamental constitucional e que permeia todas as atividades empenhadas, quer sejam nas relações nacionais ou internacionais. É um dos fundamentos da República eleito pela Constituição Federal.

Para se entender a profundidade desse princípio, faz-se necessário um escrutínio no mínimo superficial sobre o contexto histórico e a influência das normativas internacionais na Constituição Federal de 1988.

A Carta das Nações Unidas de 1945, ratificada no Brasil no mesmo ano através do decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945, já explicitamente pregava o princípio da dignidade da pessoa humana em seu preâmbulo, ao afirmar:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana também se mostra presente no art. 5º, §2º, do Pacto de San Jose da Costa Rica, firmado em 1969, ao estabelecer que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

No mesmo ano, a Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 53, refere-se ao chamado *Jus*

cogens, ou seja, são normas imperativas, normas inafastáveis que jamais podem ser violadas em sede de tratados. Essas normas imperativas do direito internacional se referem aos direitos humanos, nos quais certamente emana a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é norma consagrada internacionalmente, sendo assegurado no Brasil – em evidente influência ao caminho seguido pelo direito internacional – em sua Constituição de 1988, ao estabelecer logo em seu primeiro artigo como garantia fundamental a dignidade da pessoa humana.

2.2 Autonomia privada progressiva

Ao abordar-se a autonomia privada do menor ao ser submetido a tratamentos de saúde, imperdoável seria não listar aqui o que é conhecido como autonomia privada progressiva do menor. Tendo em vista que exatamente o Princípio de Autonomia Privada Progressiva traduz o tipo de autonomia que a doutrina e as legislações mais modernas têm atribuído ao menor. Alguns dão a nomenclatura de teoria de Teoria do Menor Amadurecido, ainda outros simplesmente consagram como Autonomia Progressiva do menor.

Aduz esse princípio ou essa teoria que a pessoa menor de idade que conta com suficiente grau de maturidade poderá exercer pessoalmente atos que sejam permitidos pelo ordenamento, tendo o direito de ser ouvida em todo o processo judicial que lhe seja concernente, bem como participar das escolhas sobre a sua pessoa, o que incluiria os tratamentos de saúde, destacando que, em caso de tratamentos invasivos que possam prejudicar o seu estado de saúde ou ponham em risco a integridade ou a vida, o menor prestará o seu consentimento com assistência dos seus representantes parentais.

A autonomia privada progressiva não é um princípio novo, sendo que demonstra clara influência no direito brasileiro pelo direito liberal francês. Porém, duas normativas recentes merecem destaque ao abordar-se o tema: a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e, mais atualmente, o Código Civil e Comercial da Argentina de 2015.

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 preconiza que a criança é sujeito de direitos, e como tal deve ser o ator principal do seu processo de desenvolvimento, assim ratificou o princípio da autonomia progressiva em seu artigo 5º:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (BRASIL, 1990).

Esse princípio visa à reconstrução das teorias de capacidade de uma forma dinâmica ao acrescentar parâmetros além do etário, como maturidade, discernimento, entre outros que são únicos para cada menor. Constatar o grau de autonomia de um menor é uma tarefa difícil que pode causar certa insegurança jurídica, para tanto vislumbra-se como sendo necessária a elaboração de parâmetros com o intuito de verificar se o titular está apto para a tomada de decisões e, conseqüentemente, para o exercício pessoal de seus direitos.

Com o seu notório conhecimento em Biologia, Jean Piaget passou em seus estudos a enxergar o desenvolvimento cognitivo de uma criança como sendo parte de um processo evolutivo gradativo. Simplesmente seu estudo revolucionou as concepções de inteligência e de desenvolvimento cognitivo partindo de pesquisas baseadas na observação e em entrevistas que realizou com crianças.

Conforme relata sua biografia (PORTAL EDUCAÇÃO, s.d.), Jean Piaget interessou-se em especial pelas relações que se estabelecem entre o sujeito que conhece e o mundo que tenta conhecer. Sua teoria basicamente depreende-se na classificação de quatro estágios de desenvolvimento em que o conhecimento se desenvolve e aumenta até alcançar o ponto em que o menor se tornaria completamente capaz de tomar todas as suas decisões sem quaisquer auxílios de seus representantes parentais ou legais.

Esses estágios seriam inspirados pelo autoaprendizado e pela educação. Daí, o porquê de repisar na ideia dos pais como educadores, instrutores, orientadores do menor, com o fim de que o mesmo obtenha a maturidade necessária aos atos de sua vida. O último estágio de desenvolvimento ocorreria entre os 11 e 15 anos, quando o menor adquire pensamento independente, está apto a tirar conclusões e compreender teorias. A partir dos 15 anos o menor estaria num estágio de maturidade que inclui o processo do pensamento maduro.

Infelizmente, apesar de ter reconhecido a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, o Brasil não a adotou no Código Civil de 2002, conforme se esperava, mas optou o legislador pela adoção da autonomia derivada da capacidade etária da pessoa.

Outro marco ainda mais recente que preconizou a adoção desse princípio foi o Código Civil e Comercial Argentino de 2015 (Lei 26.994 de 2014). A noção de autonomia progressiva no exercício de situações existenciais ultrapassa o inerte conceito de capacidade etária, rigidamente determinado a partir de faixas etárias predeterminadas em abstrato pelo onipotente legislador, em especial do nosso Código Civil.

Como comparativo, enquanto no Brasil o Código Civil categoriza o menor de 16 anos de idade como absolutamente incapaz, o novo Código Civil Argentino se vale da dinâmica noção de competência, que emana da bioética. Isso traduz a dizer que, ao invés da afetação das palavras capacidade e incapacidade (etária), a competência se localiza em cada ato concretamente praticado por uma determinada pessoa humana em fase de desenvolvimento da personalidade, legitimando a sua atuação direta e a consequente responsabilidade nas situações em que o consentimento for suficiente para formar convicção e decisão razoável sobre determinadas questões que digam respeito a sua intimidade.

2.2.1 Autonomia privada versus Autonomia da vontade

Pode-se propalar, em simples palavras, que autonomia da vontade deriva da autonomia privada. Sim, a primeira seria espécie do gênero autonomia privada. A diferença é evidenciada, principalmente, sob o prisma da intervenção maior ou menor do Estado nas ações do indivíduo bem como da presença maior ou menor do individualismo, como nos ensinam Orlando Celso da Silva Neto e Arturo Caumont (2016):

Influenciada pelo direito liberal francês, a autonomia no direito brasileiro foi identificada, em um primeiro momento, como autonomia da vontade. Tendo o Direito Civil como sua principal finalidade a proteção do patrimônio e a facilitação do tráfego comercial, a autonomia da vontade buscava reforçar a igualdade formal, o individualismo e o papel do Estado como mero protetor dessa autonomia. A vontade tornou-se elemento essencial do negócio jurídico e a drástica redução da interferência do Estado na vida privada deu margem para que o indivíduo crie suas próprias regras.

E continuam brilhantemente na mesma obra:

A autonomia privada surgiu para romper com o individualismo inerente à autonomia da vontade. Ela representa a capacidade de autogerenciamento que uma pessoa possui, ou seja, a capacidade de fazer escolhas e arcar com as consequências advindas destas. Pode-se definir o princípio da autonomia privada como sendo a prerrogativa da pessoa em poder expressar sua vontade, estabelecendo o conteúdo e a forma das relações jurídicas de que participa, compreendendo as consequências de sua escolha e sem ignorar a existência do outro (SILVA NETO; CAUMONT, 2016).

Assim sendo, a autonomia privada emergiu exatamente para romper o individualismo nato presente na autonomia da vontade. Na autonomia da vontade, o indivíduo poderia realizar todas os seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção do Estado, em virtude do Estado liberal que se configurava à época.

É nesse sentido que brilhantemente argumentam Maria de Fátima Freire Sá e Maíla Melo Campolina Pontes (2009, p. 43):

A expressão “autonomia da vontade” tem sua memória ligada ao liberalismo. Com a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal.

A diferença de ambos não é só no aspecto morfológico, mas, principalmente, de que autonomia da vontade é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, carimbada por um pensamento individualista, em que o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

A ideologia desse momento histórico era a da intervenção mínima do Estado na esfera do particular. O homem tinha total liberdade para realizar negócios jurídicos, sendo livre para fixar o conteúdo desses negócios e escolher quem contratar, ou seja, possuía plena liberdade contratual.

Seguindo esse entendimento, abrilhanta Eurico Pina Cabral (2004, p 87), ao afirmar que a autonomia é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. Para ele, a autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de autorregular-se nos limites do ordenamento jurídico”.

Como já mencionado, a autonomia da vontade passou a perder o seu protagonismo à medida que o Estado passou a intervir mais ativamente na vida dos indivíduos. Sendo assim, a autonomia da vontade pode ser definida como o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um

ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Já a autonomia privada ocorreria no poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas.

A autonomia da vontade vai sendo moldada e deixa de ser um conceito absoluto à medida que a sociedade vai evoluindo, principalmente após a 1ª Guerra Mundial, quando o Estado assume uma posição mais intervencionista, passando a regular com mais rigor as relações privadas.

Nesse sentido, verifica-se que a autonomia da vontade cedeu espaço à autonomia privada, deixando de ser a vontade suprema das partes, isoladamente considerada para ser a vontade do indivíduo, condicionada às normas legais vigentes.

2.3 Princípio da liberdade

Outrossim, para uma melhor compreensão da temática proposta, a elucidação do termo liberdade, ou do próprio Princípio da Liberdade, é deveras de suma importância.

O direito à liberdade é assegurado pela Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º e em destaque o seu inciso II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Definindo com maestria, Perlingieri (2002) acrescenta: “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.”

Princípio da Liberdade é aquele iminente, do âmbito da autonomia privada, que garante a um indivíduo o direito de externar sua vontade, em que pese sua limitação pela licitude do objeto, pela inexistência de vícios, pela moral, pelos bons costumes preconizados pela ordem pública.

3 TEORIA GERAL DAS CAPACIDADES

A Teoria Geral das Capacidades, em suma, contemplaria a maneira como a capacidade é apresentada por nosso Código Civil de 2002. Podendo essa ser genérica, relativa ou absolutamente incapaz.

3.1 Das capacidades genéricas

As capacidades genéricas se materializam logo no primeiro artigo do Código Civil 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

De grande mais valia é o entendimento trazido por Tartuce (2020, p. 124), que enfatiza: “Repise-se que todas as pessoas têm a primeira capacidade, o que pressupõe a segunda, em regra, uma vez que a incapacidade é exceção.”

Essa primeira capacidade referenciada pelo autor, conforme trecho destacado, é a que comumente conhecemos como a capacidade geral, trazida pelo artigo 1º do Código Civil, em que todos seriam sujeitos de direitos e deveres, podendo então exercer o gozo de sua capacidade. A segunda, conforme autor, seria um regra, visto que as incapacidades (relativas ou absolutas) são uma exceção.

Mais uma vez nos ensinamentos de Tartuce (2020, p. 123):

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

Seriam capacidades gerais de toda pessoa, apenas sendo admitida a sua restrição em virtude de estarmos diante de uma incapacidade da pessoa.

3.2 Das incapacidades relativas

As incapacidades relativas são aquelas especificadas no art. 4 do Código Civil de 2002, em especial destacamos a que nos interessa neste artigo: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”.

Quanto à teoria das incapacidades, em especial as absolutas, não se poderia deixar de referenciar que essa sofreu grandes alterações estruturais com a emergência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146/2015, que consolida as questões constantes na Convenção de Nova York, Tratado Internacional de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, e que entrou em nosso ordenamento pátrio por força do Decreto 6.949/2009, que retirou os deficientes da condição de incapazes para pessoas capazes de atos que produzam direito e deveres na sociedade.

3.3 Das incapacidades absolutas

As incapacidades absolutas são aquelas especificadas no art. 3 do Código Civil de 2002, que reza: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Destarte, o único absolutamente incapaz previsto no Código Civil, atualmente, são os menores de 16 anos. Assim, o Código Civil deixa clara a adoção do critério etário, que hoje dá ao menor de 16 (dezesseis) anos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil, a presunção de absolutamente incapaz.

Mas como fica o entendimento doutrinário e jurisprudencial diante dessa opção pelo legislador em colocar o menor de 16 anos como totalmente incapaz aos atos da vida? Sobre isso destaca com brilhantismo Tartuce (2020, p. 124):

Além disso, a vontade dos menores nessas condições é relevante para os casos envolvendo a adoção e a guarda de filhos, cabendo a sua oitiva para expressarem sua opinião. No caso de adoção de maior de 12 anos, o consentimento do menor é essencial para o ato (art. 45, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Sendo assim, apesar de o menor ser considerado pela Lei como incapaz (quer absolutamente, quer relativamente), outras legislações, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a própria jurisprudência consideram muitas vezes, como na citação anterior, a sua opinião como fator crucial na tomada de decisões que o envolvam. Isso em casos que envolvam a guarda dos filhos, em que o menor está totalmente abalado, desestruturado, e precisa escolher apenas uma das duas pessoas que mais ama no mundo para ficar ao seu lado. Se foi atribuído ao menor (em específico, maior de 12 anos) madureza necessária para tal decisão, não seria possível tal entendimento em situações de tratamento de saúde, em especial os invasivos, no qual ele corre risco de vida?

Nesse sentido, Tartuce, brilhantemente à luz do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, afirma:

Anote-se que, eventualmente, o ato praticado pelo menor absolutamente incapaz pode gerar efeitos. Esse o teor doutrinário do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Ilustrando, um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de um determinado bem de consumo, pode ser reputado válido, principalmente se houver boa-fé dos envolvidos. (TARTUCE, 2020, p.139).

Com certeza, um vislumbre da luz no fim do túnel sombrio que se tornou a Teoria Geral das Capacidades adotada no Brasil (por faixa etária e não prestigiando o amadurecimento do menor).

4 DA REPRESENTAÇÃO PARENTAL

O sistema brasileiro das capacidades nega o exercício de direitos. Em relação a crianças e adolescentes, o direito nacional adota o critério etário, ou seja, um parâmetro rígido e objetivo. Do nascimento até os dezesseis anos o menor não pode exercer diretamente seus direitos, necessitando de representação de seus pais ou responsáveis. Dos dezesseis aos dezoito anos, é permitido o exercício de direitos, desde que o adolescente esteja assistido, e aos dezoito anos completos, o ordenamento civil lhe reconhece capacidade plena para praticar por si todos os atos da vida civil. A essa assistência prestada ao menor pelos pais (em sua maioria) dá-se o nome de representação parental ou autoridade parental.

Como as evoluções descritas neste artigo, em especial sobre o aspecto da autonomia progressiva do menor, cada vez mais presente e debatido nos livros das doutrinas mais atuais, muitos têm entendido que a representação parental tem sido cada vez mais um *mínus* do que propriamente uma responsabilidade prazerosa exercida pela maioria dos pais de orientar e educar, fundamentais no processo de amadurecimento do menor.

4.1 Poder familiar

O poder familiar, como conhecemos atualmente, depreende-se do dever concedido à família pela própria Constituição Federal em seu artigo 227, *in verbis*:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E por conseguinte, o art. 1631 do Código Civil brasileiro propala que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Destarte, conforme emana da legislação brasileira, o poder familiar é competência dos pais, que, estando casados ou em união estável, juntos exercem. Em caso de divórcio, pode o juiz conceder o poder familiar a apenas um dos pais ou até mesmo a um terceiro, que representaria legalmente os interesses do menor.

4.2 Dos impactos dos pais em relação aos filhos menores

Os impactos ficam evidentes especialmente na esfera patrimonial, em que o representante patriarcal de um menor de 16 (dezesesseis anos), por exemplo, pode agir como se ele fosse, inclusive, gerando prejuízos ao mesmo, quando de tomada de decisões erradas.

O artigo 1689 do Código Civil nos diz: “o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.”

Na prática, infelizmente, quando o menor pode então exercer sua capacidade absoluta, ao completar seus dezoito anos, muitas vezes se vê em uma situação em que seus bens tutelados pelo seu representante parental não mais existem, e, se existem, são meros resquícios. Muito comumente, verifica-se essa situação no caso do pagamento de alimentos, em que o menor não possui a menor autonomia para gerenciar o valor que recebe, mas sim seu representante parental designado pela autoridade judicial.

5 O POSICIONAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA EM RELAÇÃO À AUTONOMIA DO PACIENTE MENOR

Nesse ponto será abordada a perspectiva do CFM em tratamentos de menores que não sejam invasivos, e os tratamentos invasivos, em que exista, inclusive, risco de vida do menor no procedimento.

Sobre os não invasivos, os CFM já se posicionaram diversas vezes que esses podem sim ser realizados, desde que consentidos ou dado ciência à autoridade parental. Nesse sentido seguem o Parecer Técnico 55/2015 (prescrição de anticoncepcional a menor sexualmente ativo, com a devida ciência aos pais) e o mais pertinente a esse artigo, o Parecer Técnico 25/2013.

Esse último merece uma análise própria, uma vez que o Conselho Federal de Medicina re-

conhece no ponto 3 (três) e 4 (quatro) da fundamentação do seu parecer, o qual se pede licença para transcrever:

3) Com relação aos pacientes adolescentes há consenso internacional, reconhecido pela lei brasileira, de que entre os 12 e 18 anos estes já têm sua privacidade garantida, principalmente se com mais de 14 anos e 11 meses, **considerados maduros quanto ao entendimento e cumprimento das orientações recebidas**; 4) Na Faixa de 12 a 14 anos e 11 meses atendimento pode ser efetuado, **devendo, se necessário, comunicar os responsáveis**.

Tamanha é a importância desse parecer, que privilegia a teoria do menor maduro ou a autonomia progressiva do menor. Ainda nesse parecer, cita-se o art. 74 do Código de Ética Médica, que veda ao médico: “Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”. Ou seja, o CFM tem o entendimento de que na maioria dos casos não invasivos deve prevalecer a autonomia progressiva do menor.

O mesmo não se pode dizer quando o tratamento de saúde do menor lhe incorre em risco de vida. Influenciado, principalmente, pelas situações das Testemunhas de Jeová, o CFM editou a Resolução 2.232/2019, na qual em seu art. 3º dispõe: “Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros”.

Destarte, o Conselho Federal de Medicina deixa claro que em tratamentos de saúde de menor de idade que envolva situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa do mesmo, independentemente de estar representado ou assistido por terceiros, o que inclui os representantes parentais (pais). Ou seja, estando o menor em risco de vida, pouco importa a sua opinião ou de seus representantes parentais.

O que na prática se vê, e o que gera atenção, é que a cautela demonstrada pelo Conselho com a autonomia progressiva do paciente menor se pulveriza quando esse está sob possível risco de vida, mesmo que consciente e disposto a, muitas vezes, dialogar sobre a melhor forma como gostaria de ser tratado, e se existem alternativas.

5.1 Do enunciado 532 CJF e do posicionamento dos artigos 11 e 13 do Código Civil

Dispõe o Enunciado 532 do CJF: “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.” Interessante é esse enunciado, pois, em especial o art. 13 do Código Civil, informa ser defeso a disposição gratuita do próprio corpo.

E outro ponto ainda mais importante: nem no Código Civil e nem no Enunciado CJF 532 se exclui o menor ou menciona-se o mesmo, subentendendo-se que o menor maduro pode sim dispor gratuitamente do seu próprio corpo, mas não está o mesmo habilitado a discutir sobre como quer ser tratado, principalmente em situações que envolvam risco a sua vida.

6 JURISPRUDÊNCIAS

Para que se possa estabelecer uma junção entre os argumentos doutrinários, a legislação e a realidade fática do tema sob análise, apresenta-se a jurisprudência seguinte, que demonstra um pouco do “avanço” obtido nos tribunais quanto à autonomia privada progressiva do menor:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA JUDICIAL DO GENITOR. ÓBITO. GUARDA DE FATO DA MÃE AFETIVA/MADRASTA. RELATÓRIO PSICOSSOCIAL. OITIVA DO MENOR. SENTENÇA REFORMADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA UNILATERAL A FAVOR DA MÃE AFETIVA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AÇÃO PRÓPRIA. I- Na concessão da guarda unilateral, não há preferência entre os genitores, devendo ser observado o princípio do superior interesse do menor. II- Estando o menor sob os cuidados da mãe afetiva/madrasta há muitos anos, diante do quadro fático-processual, em que se assegurou a realização de estudo psicossocial para averiguar a conveniência da continuidade da guarda na situação atual, assim como a oitiva do menor, que manifestou a vontade de permanecer com a mãe afetiva, impõe-se a reforma da sentença que concedeu a guarda compartilhada entre a genitora e a mãe afetiva. III - A regulamentação de visitas da genitora do menor deve ser apreciada em demanda própria, porquanto não constitui objeto desta ação. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-GO - Apelação Civil (CPC): 00274724420148090006, Relator: NELMA BRANCO FERREIRA PERILO, Data de Julgamento: 26/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/02/2019)

Observa-se que, com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, o judiciário tem entendido que o menor, a partir de 12 (doze) anos, pode opinar numa situação de disputa de guarda sobre com quem quer ficar. Ou seja, a justiça, pelo menos no âmbito da esfera familiar, já vem aplicando no Brasil Autonomia Privada Progressiva do menor, possibilitando-lhe escolher qual situação lhe convém mais de acordo com sua vivência e maturidade adquirida. E essas opiniões têm sido amplamente levadas em consideração pelo judiciário ao tomar sua decisão final.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quantidade de pacientes menores submetidos a tratamentos médicos invasivos ou não tem aumentado de maneira assustadora, muito em razão das enfermidades que acometem a humanidade nos dias atuais e que não existiam há poucos anos. Há pouco mais de uma década seria assustador entrarmos em um hospital e verificarmos o número de pacientes menores que necessitam de tratamentos urgentes, procedimentos não invasivos e até mesmo de procedimentos cirúrgicos com alto grau de risco de morte.

A doutrina tem feito sua parte ao redor do mundo, e a autonomia privada progressiva do menor hoje é uma realidade iminente e inegável, reconhecida não só pela República do Brasil, ao reconhecer a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, mas, inclusive, pelo próprio CFM, CJF e o Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, conforme mencionados neste artigo.

Isso não quer dizer que a promoção da autonomia privada progressiva do menor deva desconsiderar a expertise médica, ou que essa seja ignorada. Pelo contrário, o que se propõe aqui é o diálogo entre pacientes (menor etariamente ou não) e médicos, bem como com os representantes parentais dos menores, que, na maioria dos casos, têm os mesmos interesses do menor, com o escopo da busca por opções terapêuticas que definam o melhor caminho, senão o mais adequado, o que atinja os objetivos propostos por ambos.

É fato inegável que, infelizmente, apesar de ter reconhecido a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, o Brasil não a adotou no Código Civil de 2002, e perdeu uma grande oportunidade de dar primazia à autonomia privada progressiva do menor, ao invés de taxá-la de acordo com sua evolução etária.

O que se busca com este trabalho é que tanto médicos como os próprios representantes parentais do menor estejam dispostos realmente a ouvir e a levar em consideração as opiniões e escolhas do menor (maduro). De um lado, os médicos assistentes (a começar pelas orientações do CFM) precisam entender a evolução que vem sofrendo a teoria geral das capacidades e que o art. 15 do Código Civil, já supracitado, menciona que “**ninguém** pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, não se excluindo o menor de tal situação.

Os representantes parentais precisam entender sua real função: a de decidir conforme a vontade do menor, e não pelo menor. E para isso, como vimos, é necessário que os representantes parentais ou legais estejam cientes do seu papel com o menor: o de conduzi-lo à maturidade para a tomada das suas próprias decisões, o que inclui: ensinar-lhe, deixar que erre, orientá-lo, para que assim ele possa obter maturidade para exercer a sua autonomia privada progressiva de que tanto falamos neste artigo. Vivemos uma revolução neste sentido, o que torna ainda mais sem sentido a adoção da capacidade etária pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

CABRAL, Eurico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*. a.5, n. 19, jul./set. 2004.

DA SILVA NETO, Orlando Celso; CAUMONT, Arturo. *Direito civil contemporâneo I*. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/Udelar/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG. s.d.

DADALTO, Luciana. Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos. *Rev. bioét.* (Impr.). vol. 26, n. 1. 2018. p. 12-21. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221/>>. Acesso em: 18 maio 2020.

DADALTO, Luciana. *Gestação de Substituição: entre Autonomia e Vulnerabilidade*. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 1º sem. 2018. p. 19-36, ISSN 1678-3425.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: o Abandono do Voluntarismo e a Ascensão do Valor de Autodeterminação da Pessoa*. (s.d.). Disponível em: <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Maria Cristina De Cicco (trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTAL EDUCAÇÃO. *Biografia Jean Piaget*. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/53974/jean-piaget-biografia>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César et al. (cords.). *Direito Civil – Atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Os fiéis da religião das Testemunhas de Jeová e a recusa à transfusão de sangue na sistemática jurídica moderna¹

Vitor Migliora Tourinho

RESUMO

Trata-se de trabalho científico em que se analisará a presente controvérsia acerca do alcance do direito dos seguidores da religião dos Testemunhas de Jeová em recusar transfusões de sangue necessárias ao tratamento médico. Partindo-se de pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, utilizando-se do método analítico e dedutivo, analisar-se-á a recente evolução legislativa concernente ao tema bem como o posicionamento jurisprudencial hodierno, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Ao final, tecer-se-á conclusão lógica opinativa a fim de auxiliar na definição dessa complexa discussão.

1 Artigo de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Médico e Odontológico

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que o importante tema objeto deste trabalho paira na nebulosa fronteira entre o Direito e a Medicina. Encontram-se diversos exemplos dessa discussão nos tribunais pátrios referentes a anos anteriores.

Em rápida consulta na internet, utilizando-se dos termos “testemunha”, “Jeová” e “sangue”, logra-se êxito em encontrar diversos exemplos datando de até 25 anos pretéritos.

No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), há exemplo de 2013: Apelação Cível n. 2010.085338-5, de Lages, Relator: Des. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. 07-02-2013 (BRASIL. Santa Catarina, 2013).

Em outra demonstração, há arestos de 2011, 2010 e 2009 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP): agravo de Instrumento n. 057399288.2010.8.26.0000, Relator: Des. Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araras - 2ª. Vara Judicial; data do julgamento: 06/04/2011; data de registro: 13/04/2011. Recurso em Sentido Estrito n. 0000338-97.1993.8.26.0590; Relator: Des. Francisco Bruno; 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Vicente - 3ª. Vara Criminal; data do julgamento: 28/01/2010; data de registro: 10/02/2010 (BRASIL. São Paulo. 2020). Agravo de Instrumento n. 9037455-65.2008.8.26.0000; Relator: Des. Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 8ª Vara Cível; data do julgamento: 13/05/2009; data de registro: 27/05/2009. Finalmente, no intuito de ilustrar o ponto, cite-se resultado de 1995 oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul (TJRS): Apelação n. 00595000373; Relator: Des. Sérgio Gischkow Pereira, Sexta Câmara Cível, data do julgamento: 28/3/1995 (BRASIL. Rio Grande do Sul, 2010).

A fim de trazer a controvérsia para o presente, interessante colacionar recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ. I – Realizada a ponderação entre direitos e garantias fundamentais, o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião porque o direito à vida é a premissa maior para o exercício de qualquer outro direito assegurado constitucionalmente ou em tratados internacionais. II – O Poder Judiciário não pode ordenar a realização de procedimento médico cirúrgico sem possibilidade de transfusão sanguínea heteróloga em paciente por sua vontade, sob pena de colocar em risco a vida, ofendendo o principal direito fundamental assegurado constitucionalmente. III – Apelação desprovida (Apelação Cível n. 07126198220198070001, Relatora: Des. Vera Andrighi, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 27/5/2020, publicado no DJE: 3/6/2020) (BRASIL. Distrito Federal e Territórios, 2020).

Escolheu-se o julgado supra como paradigma atual da controvérsia, uma vez que em sua ementa há menção a importantes conceitos basilares deste trabalho: a) consentimento informado; b) ponderação entre direitos e garantias fundamentais; c) direito à vida; e d) liberdade de religião.

Veja-se, em síntese, que o aparente conflito envolve especificamente a liberdade de religião e o direito à vida. Busca-se solução valendo-se da técnica de ponderação entre direitos fundamentais, observando-se o consentimento informado, conforme será explicitado adiante.

Por oportuno, embora silente a ementa transcrita, trata-se de tópico estreitamente ligado à dignidade da pessoa humana, valor ao qual será feita referência em momento propício.

2 O FUNDAMENTO DA NEGATIVA DOS PRATICANTES DA RELIGIÃO DAS TESTMUNHAS DE JEOVÁ

Com viés de situar o leitor, importante entender a justificativa aventada pelos praticantes da religião em comento quando rejeitam o procedimento médico em tela.

Alega-se justificativa religiosa para tanto, a qual se encontra na Bíblia, notadamente em Gênesis, Capítulo 9, Versículo 4; Levítico, Capítulo 17, Versículos 10 e 14; Deuteronômio, Capítulo 12, Versículo 23; e Atos, Capítulo 15, Versículos 28 e 29 (JW.ORG. 2020):

A Bíblia (Gênesis, 9:4):

Mas não comam carne com sangue, que é a vida dela.

A Bíblia (Levítico, 17:10,14):

Todo homem, seja filho de Israel, seja imigrante que resida no meio de vocês, que comer qualquer espécie de sangue, eu me voltarei contra ele e o exterminarei do meio de seu povo. (...)

O sangue é a vida de todo ser vivo; foi por isso que eu disse aos filhos de Israel: “Não comam o sangue de nenhuma espécie de ser vivo, pois o sangue é a vida de todo ser vivo, e quem o comer será exterminado”.

A Bíblia (Deuteronômio, 12:23):

Porém, de nenhum modo coma o sangue, pois o sangue é a vida. Portanto, não coma a vida com a carne.

A Bíblia (Atos dos Apóstolos 15: 29,29):

Porque decidimos, o Espírito Santo e nós, não impor sobre vocês nenhum fardo, além destas coisas indispensáveis: abster-se de carnes sacrificadas aos ídolos, do sangue, das carnes sufocadas e das uniões ilegítimas. Vocês farão bem se evitarem essas coisas. Saudações! (A BÍBLIA, 1990).

Por evidente, não se adentrará na seara religiosa, esquivando-se de debater a legitimidade ou não dos argumentos apresentados. O intuito da transcrição retro foi meramente elucidativo, com vistas a enriquecer axiologicamente o debate.

O escopo deste trabalho manter-se-á no viés jurídico, com o fim de se responder, ao final, aos olhos do Direito contemporâneo, se o paciente tem o condão de impedir o médico de realizar a transfusão de sangue com o fim de salvar-lhe a vida.

3 VALORES JURÍDICOS ENVOLVIDOS

Conforme já se mencionou, a celeuma envolve a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a liberdade de religião e, intrinsecamente aos preceitos fundamentais retro, a autonomia do ser humano em se autodeterminar. Discutir-se-á, brevemente, cada um desses brocados.

3.1 Dignidade da pessoa humana

Ingo Wolfgang Sarlet, em solidificada e reconhecida análise, conceitua dignidade da pessoa humana como:

“(…) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida” (SARLET, 2011, p. 73).

Na lição de José Afonso da Silva (2018, p.107), a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Continua o autor afirmando que tal princípio tem sentido amplo, não sendo crível reduzi-lo à mera justificativa de defesa dos tradicionais direitos pessoais. Afirma-se que “o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional”.

Na mesma esteira, Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 491), partindo da premissa de se tratar de valor supremo da sociedade, aduz que todos os direitos fundamentais da pessoa humana a ele devem continência.

Ademais, corroboram essa linha de pensamento diversos arestos do Supremo Tribunal Federal (STF), consagrando como “sobreprincípio” a dignidade da pessoa humana. Citem-se, dentre vários, os seguintes: RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em: 13/8/2015, publicação em: 1/2/2016; HC 158319, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgamento em: 26/6/2018, publicação em: 15/10/2018; ADI 2477-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em: 25/4/2002, publicação em: 30/10/2013.

Extraí-se do último paradigma excerto assaz informativo para a discussão em tela, no sentido de que a “dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor “interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País”.

Ainda no âmbito do STF, é possível trazer à baila afirmações emblemáticas, as quais servirão de bússola ao presente trabalho:

(…) dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade.

A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em: 29/4/2010, publicação em 6/8/2010 – grifos acrescidos).

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo **vetor interpretativo**, verdadeiro **valor-fonte** que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O

princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. (RE 477.554, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em: 16/8/2011, publicação em: 26/8/2011 – grifos acrescidos).

Finalmente, fácil é encontrar em instrumentos internacionais menção à dignidade humana: “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade (Convenção Americana de Direitos Humanos). “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade (Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Mencione-se, por oportuno, que consta da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive, em seu artigo 5º, item 1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, **psíquica e moral**” (grifos acrescidos).

Por todo o exposto, adota-se como premissa o enunciado de que a dignidade da pessoa humana é sobreprincípio do ordenamento jurídico brasileiro e informa o universo da atuação legislativa constitucional, legal e infralegal, bem como orienta a atuação dos agentes públicos e privados, erigindo-se como pedra fundamental da República Federativa do Brasil, positivada no art. 1º, III, da Constituição Federal.

3.2 Direito à vida

Para além do simples conceito de sobreviver, hodiernamente o direito à vida compreende observância à vida digna. Sabe-se que tal virtude confere guarida às características não apenas físicas, mas também psicológicas e espirituais do ser humano. Assim também pontua Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 605):

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de **existir com dignidade**, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais. (grifos acrescidos).

Por sua vez, José Afonso da Silva (2018, p. 200) aduz que o direito à vida engloba cinco categoriais sob seu guarda-chuva conceitual, quais sejam: a) direito à dignidade da pessoa humana; b) direito à privacidade; c) direito à integridade físico-corporal; d) direito à integridade moral; e d) direito à existência.

Assim, verifica-se que o direito à vida é multifacetado, devendo ser compreendido em sua multiplicidade de características. Garantir a vida, nos termos constitucionais, não é simplesmente defender a sobrevivência, mas sim albergar a multitude de conceitos a ela direcionada.

Importante, ainda, diferenciar que o direito fundamental à vida, sob a ótica da ordem constitucional brasileira, fundamenta-se em sua sacralidade, não embasada no conceito de santidade. Isso é

dizer que se afasta o princípio religioso (santidade), aproximando-se de princípio laico, o qual compreende a vida como valor moral, forte na dignidade, evitando-se falar em “intocabilidade” da vida (DIAS, 2010, p.182-206).

Por derradeiro, em harmonia com o que se pretende defender neste trabalho, bem como afinada às características já citadas do direito fundamental à vida, está a característica, comum a todos os direitos fundamentais, da relatividade (ou limitabilidade). “Não há direitos fundamentais absolutos” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p,554).

Isso é dizer que o exercício de um direito fundamental pode, efetivamente, limitar outro, sem que se negue este ou se dê maior valor àquele. Trata-se de harmonização necessária ao conflito do caso concreto. Ponderam-se os valores em embate, buscando-se o equilíbrio desejado pela ordem constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2018, p, 554).

Seguindo esse viés, afirma Orlando Luiz de Melo Neto (2014) que, nas hipóteses de conflito entre direitos fundamentais, recorre-se a “um juízo de ponderação, ou seja, um direito irá prevalecer em detrimento do outro, contudo essa decisão estará limitada pela máxima da proporcionalidade”.

Pedro Lenza (2020, p. 1791-1792) concorda com a tese, afirmando:

“Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.

No tocante à “máxima observância” mencionada por Lenza, recorre-se, novamente a Dirley da Cunha Júnior (2018), o qual afirma que “a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos”.

Vislumbra-se, portanto, que nem mesmo o direito à vida é absoluto no ordenamento jurídico pátrio, havendo possibilidade de sua limitação quando em conflito com outros valores erigidos à importância constitucional, observando-se, em todos os casos, a dignidade da pessoa humana.

3.3 Direito à liberdade de religião

O Brasil é sabidamente definido como Estado laico ou secular, resguardando a liberdade de crença a todos os seus cidadãos. Tal definição está constitucionalmente inscrita em cláusula pétrea do art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

É dizer que o Estado queda separado da igreja, não existindo imposição de religião oficial, tampouco de valores oficiais oriundos desta ou daquela crença. “A Constituição protege todas as crenças, consagrando uma era de profundo respeito à liberdade religiosa” (CUNHA, 2018, p. 623).

Tomando-se por empréstimo tese fixada pelo STF na ADO nº 26, embora em discussão a homotransfobia, acertadamente criminalizada por aquela Corte Suprema, definiu-se importante parâmetro interpretativo envolvendo a liberdade religiosa:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem **ou por qualquer outro meio**, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello 2019). - grifos acrescidos.

Diante do exposto, constata-se que é livre a escolha de crença e consciência aos cidadãos da República Federativa do Brasil, forte no direito fundamental em evidência nesse tópico, emanado diretamente da dignidade da pessoa humana, a qual concede véu protetivo às escolhas existenciais oriundas de sua orientação (BARROSO, 2010).

4 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até a data de elaboração deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui tese, aventada em sua 6ª Turma, no sentido de não caber aos pais recusar terapêutica a seu filho menor, configurando-se dever dos escúlipos proceder à transfusão quando indispensável à manutenção da vida do infante:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria

discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepassaram sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como **inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.** 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. (HC 268459/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2015) - grifos acrescentados).

Importante sublinhar três ressalvas no tópico: a) o aresto colacionado procede de Turma do STJ, não havendo tese do Tribunal Pleno; b) discutiu-se, no caso, a legitimidade dos pais-responsáveis em tomar a decisão pela filha menor, não se investindo demasiadas linhas na problemática da autodeterminação da paciente; e c) não se adentrará, neste trabalho, evitando-se o risco de tergiversação, em assuntos relacionados ao “consentimento do menor”, “consentimento genuíno”, “menores amadurecidos” e afins. Não se reputa despicienda a discussão, apenas se entende inoportuna, eis que mencionados temas, por si sós, justificariam artigos independentes.

Antes de cerrar o tópico, junta-se fragmento de recente resolução do Conselho Federal de Medicina no sentido de que apenas “*ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente*” assegura-se o direito à recusa terapêutica (CFM, 2019).

5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não existe na colenda Corte Suprema, posicionamento sacramentado a respeito do tema em debate. A mais recente atualização na matéria é o reconhecimento de repercussão geral, em 25/10/2019, do RE nº 1212272.

Todavia, trata-se de trama já conhecida por aquele tribunal, uma vez que é discutida, igualmente, no RE nº 979742, paradigma para o Tema nº 952 da sistemática de repercussão geral.

Finalmente, como importante prognóstico do desfecho da questão, coerente mencionar que o Ministro Luís Roberto Barroso, além de ser o relator do RE nº 979742, possui esclarecedor parecer sobre o assunto.

Arrematando o trabalho a que se aludiu no parágrafo anterior, o magistrado defende a legitimidade da recusa terapêutica:

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado

pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

Em mais um sinal na direção do posicionamento que se adota neste artigo, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, em parecer proferido no RE nº 1212272, sugeriu encampamento das seguintes teses pelo STF:

“I – É permitido ao paciente recusar-se a se submeter a tratamento de saúde, por motivos religiosos, como manifestação positiva de sua autodeterminação e de sua liberdade de crença.

– A recusa a tratamento de saúde, por motivos religiosos, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente; ao não envolvimento de crianças, adolescentes ou incapazes; e à ausência de risco à saúde pública e à coletividade.

– É possível a realização de procedimento médico, disponibilizado a todos pelo sistema público de saúde, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnico-científica de sucesso, anuência da equipe médica com a sua realização e decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente.

Outrossim, vale citar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618 (ADPF) proposta pela Procuradoria-Geral da República no mesmo sentido.

Diante do exposto, embora não haja posicionamento oficial a fim de orientar os intérpretes e aplicadores do Direito, parece haver inclinação no sentido de se legitimar a opção pela recusa de recebimento de sangue exógeno pelos praticantes da religião das Testemunhas de Jeová. Espera-se que o STF, ao apreciar a importante temática, adote corajosa posição assertiva capaz de dar segurança jurídica aos profissionais da saúde e dissolver quaisquer dúvidas conhecidas.

6 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM

Nos últimos anos, com a edição do novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018, de 1º de novembro de 2018) e, especialmente com a edição da Resolução CFM nº 2.232/2019, de 16 de setembro de 2019 (esta versando especificamente sobre recusa terapêutica), o Conselho Federal de Medicina demonstra norte claramente no sentido de valorizar, cada vez mais, a autonomia do paciente na condução de seu tratamento.

Com efeito, conforme já mencionado anteriormente, na Resolução nº 2.232/2019, o CFM adota posição no sentido de possibilitar ao paciente recusar tratamento por objeção de consciência, observados certos critérios, como existência de consentimento livre e esclarecido, paciente maior, capaz, lúcido, orientado e consciente.

Todavia, o texto em comento não faz repousar em águas tranquilas a questão. Ao contrário, logo após defender a objeção de consciência no art. 2º, o texto da Resolução traz diversas ressalvas no sentido de se superar a escolha feita pelo enfermo nos artigos 3º, 5º, 6º e 10º:

Art. 3º. Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Art. 5º. A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

Art. 6º. O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.

Art. 10º. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

Verifica-se, portanto, que, embora louvável a iniciativa, por ser instrumento inadequado para discorrer sobre assunto tão relevante e solidificar normativa de caráter geral e abstrato envolvendo matéria de quilate constitucional, a resolução peca por sua imprecisão, gerando mais dúvidas do que certezas, não contribuindo de forma evidente para o deslinde da controvérsia, especialmente quando seu art. 10º, a bem da verdade, faz letra morta à inteireza do diploma. Não por menos, diversos artigos do texto infralegal em evidência encontram-se suspensos por decisão judicial do TRF da 3ª Região.

7 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Verificam-se expoentes obras de Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Médico, não se olvidando dos posicionamentos já mencionados do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, e do Procurador-Geral da República, Augusto Aras, ampla maioria no sentido de albergar a tese aviada neste artigo.

Miguel Kfoury Neto, em recorte sobre a problemática, alicerçado nas lições do Professor José Henrique Pierangeli, assevera que “quando o enfermo for capaz e inteiramente apto a manifestar seu consentimento, sua vontade haverá de prevalecer” (KFOURI NETO, 2018, p. 246).

Pedro H. C. Fonseca e Maria Paula Fonseca aduzem que acarretaria responsabilidade civil o fato de o médico transfundir contra a vontade do paciente, “se fosse considerada a hipótese de o paciente ser adulto e consciente, e não desejar de modo algum se submeter à intervenção recomendada”. Finalizam argumentando que “o médico, nesse caso, fica na obrigação apenas de informar as consequências da ausência de eventual tratamento” (FONSECA, P; FONSECA, M.P., 2018, p. 205).

Em linha com esse posicionamento, Cristina de Oliveira Dumas e Gisele Mendes de Carvalho (2017, p 144), pontuando a necessidade de o paciente ter condições de discernir os efeitos e consequências do que decide, asseveram ser objetivo da autonomia do paciente garantir sua integridade moral, protegendo suas escolhas formadoras de caráter.

Pedro Lenza (2020, p.1861-1865), a seu turno, oferece tópico voltado ao tema, citando diversas fontes no sentido de se outorgar ao paciente maior e capaz a escolha por receber ou não a transfusão de sangue.

Cristiano Chaves, ressaltando os casos de paciente menor e urgências, adota tese no sentido da “validade da recusa de consciência” (FARIAS, 2018, p.207).

Embora não se manifeste explicitamente sobre a questão das Testemunhas de Jeová, José Afonso da Silva (2018) parece se alinhar à corrente mais conservadora quando, citando Jacques Robert, preceitua:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro, ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Nesse afã, pontue-se que não se desconhece a existência de posicionamento contrário, como é o caso do que defende Isabella Clementino, em artigo publicado no ano de 2019, no qual assevera que a recusa de tratamento não deve prevalecer em face de possível resultado morte, tese que se refuta neste texto.

8 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considerando-se interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico brasileiro, em especial o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, conjugada com a relatividade dos direitos fundamentais em aparente conflito (direito à vida e direito à liberdade de religião), bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (sua aplicação às relações privadas), constata-se, a toda evidência, ser legítima a recusa terapêutica por objeção de consciência, ainda que o resultado morte seja esperado, em procedimentos eletivos ou de urgência, desde que observados critérios mínimos, a fim de legitimar a conduta: a) paciente maior, capaz, lúcido e orientado; b) consentimento livre e esclarecido, informando-se acerca das consequências da decisão; c) ausência de prejuízo para a saúde coletiva, dentre outros.

Ao nosso sentir, a discussão moderna pende mais para o alcance do direito em debate (se admitido aos menores ou se aplicável às situações de urgência) do que para sua existência e concretude, que parecem ganhar cores extremamente sólidas.

Entende-se caber ao CFM, em outra ponta, apenas aclarar conceitos afetos à Medicina envolvidos na questão, por exemplo, “consentimento livre esclarecido”, “paciente lúcido, orientado e consciente”. A tarefa de aquilatar a possibilidade da recusa de tratamento por objeção de consciência, bem como as condições para tanto, deve ser do Poder Legislativo, ou do Judiciário (especificamente do STF), ante as questões constitucionais envolvidas e a necessidade de comando geral e abstrato indene de questionamentos.

Isso porque impedir decisão nesse sentido é negar importante premissa aos praticantes da religião dos Testemunhas de Jeová, fazendo letra morta da Constituição, relegando o direito à liberdade

de crença a fulminante fim, não resistindo sequer seu núcleo essencial para os fiéis daquela liturgia, visto que sua autonomia em decidir acerca de aspectos existenciais e essenciais a seu caráter sobrejará completamente ignorada, extirpando-se sua dignidade em conviver no seu meio social.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. *Edição Pastoral*. Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin (Trad.). São Paulo: Ed. Paulus, 1990, 1584p.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová*. 2010. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/43963720/legitimidade-da-recusa-de-transfusao-de-sangue-por-testemunhas-de-jeova-luis-rob>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>.

BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992 promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

BRASIL. *Ministério da Justiça*. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2020. Disponível em <stj.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. 2020. Disponível em <portal.stf.jus.br>.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. 2013. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br>>.

Brasil. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br>>.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=7C15D4AE85CEC55ADA55BD671CB78AE7.cjsg3>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Brasil. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. 2020. Disponível em: <<https://www1.tjrs.jus.br>>.

CFM. *Conselho Federal de Medicina*. Resolução n. 2.232/2019, de 16 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>.

CLEMENTINO, Isabella. *As Negativas de Tratamentos Médicos: Uma Análise dos Casos de Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová*, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-negativas-detratamentos-medicos-uma-analise-dos-casos-de-recusa-de-transfusao-de-sanguepor-testemunhas-de-jeova/>>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIAS, Roberto. Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n.16, ano 14, 2010.

DUMAS, Carolina Cristina de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Quando o Paciente Diz Não*. São Paulo: Boreal. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2018.

FONSECA, Pedro H. C.; FONSECA, Maria Paula. *Direito do Médico – De Acordo com o Novo CPC*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Processo 2010.085338-5b (Acórdão do Tribunal de Justiça). Súmulas STJ: 54. Apelação Cível n. 2010.085338-5, de Lages. Relator: Des. Júlio César Knoll. 2013.

JW.ORG. *Why don't Jehovah's witnesses accept blood transfusions?* Jehovah's Witnesses, 2020. Disponível em: <<https://www.jw.org/en/jehovahswitnesses/faq/jehovahs-witnesses-why-no-blood-transfusions/>>.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso. *ADO 26*, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em: 13/6/2019. Publicação em: 1/7/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>

MELO NETO, Orlando Luiz de. *A Relatividade dos Direitos Fundamentais e os Limites a sua Relativização*. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38573/a-relatividade-dos-direitofundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizacao>>.

MOURA, Maria Thereza de Assis. *HC 268459/SP*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgamento em: 24/2/2015. Publicação em: 27/2/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293470&num_registro=201301061165&data=20141028&formato=PDF>

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2018.

Judicialização da saúde¹
Health judicialization

Viviani Sampaio
Hugo Rios Bretas

RESUMO

O direito constitucional à saúde é uma garantia inalienável do indivíduo que vem ao longo dos anos sendo envolta de inúmeras discussões sobre até que ponto cabe ao poder judiciário intervir sobre os demais poderes. Este trabalho tem como objetivo entender a reação do Supremo Tribunal Federal ante as demandas judiciais nas questões de saúde pública no que tange aos aspectos referentes às políticas públicas voltadas para a saúde, bem como o aumento de casos judiciais para obter tratamento, medicamentos e todos os assuntos referentes à saúde e mecanismos legais que tratam essa prerrogativa, em que ponto a judicialização das políticas públicas foge ao alcance das prerrogativas do poder judiciário, e em que aspectos a jurisprudência versa sobre tal matéria. O direito à saúde é um fator importante no enfoque da judicialização de políticas públicas, haja vista o crescente desca-so por parte dos entes federativos em sua real e satisfatória implementação na sociedade brasileira, sendo verificados na atualidade inúmeros casos de despreparo, abandono, omissão, ou por que não, irresponsabilidade na criação de políticas eficazes para esse contexto social. É interposto ao poder judiciário o papel de sanador de conflitos e impositor de práticas de realização de políticas públicas, voltadas para a saúde, fenômeno este conhecido como judicialização da saúde.

Palavras-chave: Ativismo. Judicialização. Saúde. Separação dos Poderes.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Médico pelo Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Médico e Odontológico.

ABSTRACT

The constitutional right to health is an inalienable guarantee of the individual who has been over the years being involved in numerous discussions about the extent to which it is up to the judiciary to intervene over the other powers, in this respect the present work seeks. The study aims to understand the reaction of the Federal Supreme Court before the judicial demands in public health issues regarding the aspects related to public policies related to health, as well as the increase of court cases to obtain treatment, medicines and all health matters legal mechanisms that deal with their prerogative, at which point the judicialization of public policies is beyond the reach of the prerogatives of the judiciary, and in which aspects the jurisprudence deals with such matter. The right to health is an important factor in the focus of the judicialization of public policies, given the growing neglect on the part of federative entities, in its real and satisfactory implementation in Brazilian society, currently being verified numerous cases of unpreparedness, abandonment, omission, or why not irresponsible in creating effective policies for this social context. Being brought to the judiciary the role of healer of conflicts and enforcer of practices of public policies, focused on health, a phenomenon known as judicialization of health.

Keywords: Activism. Judicialization. Cheers. Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como base compreender o fenômeno judicialização da saúde pública no Brasil pós-Constituição de 1988. O objetivo é demonstrar os principais entendimentos que a Doutrina e a jurisprudência trazem a respeito de tão complexo e importante tema. A Constituição Federal de 1988 destaca em seu artigo 196 a saúde como sendo um direito de todos e um dever do Estado, devendo de forma efetiva prestá-la a todos os membros da coletividade.

Nos últimos anos a judicialização é uma das formas de se ter acesso a alguns serviços de saúde, como fornecimento de remédios, internações, próteses e outros benefícios análogos. Observa-se uma tendência de provimento de todos os pleitos, muitos considerados excessivos ou até mesmo desproporcionais ante aos recursos disponíveis.

Convém destacar a grande relevância do presente tema, que tem o viés de levar o leitor a refletir e entender o processo da judicialização do Direito Fundamental da saúde no Brasil sob a ótica jurisprudencial do Supremo tribunal Federal. O fenômeno é importante para o agente que não tem o atendimento pelo sistema privado de saúde.

O presente estudo levanta duas hipóteses, a primeira é: no clamor por medicamentos e tratamentos pleiteados pela parte existem políticas públicas por parte do Estado para apoiar esse cidadão, trata-se de um problema de gestão e não jurídico, e este deveria ser resolvido sem a judicialização, devendo o judiciário intervir somente nos casos de descumprimento e quando fosse ineficiente, uma vez que há leis e atos administrativos, porém não são devidamente cumpridos, resultando a necessidade de judicializar.

A segunda hipótese é: se é obrigação do Estado fornecer medicamentos, tratamentos ao público e esses não estão previstos no Sistema Único de Saúde e não há previsões à concessão pelo administrador, vale dizer que o poder judiciário tem o viés de tratar o problema como ato omissivo do poder público por contradizer a Constituição, ou ainda por não atender o mínimo existencial.

O estudo tem como objetivo entender a reação do Supremo Tribunal Federal ante as demandas judiciais nas questões de saúde pública no que tange aos aspectos referentes às políticas públicas voltadas para a saúde, bem como o aumento de casos judiciais para obter tratamento, medicamentos e todos os assuntos referentes à saúde. Acerca do direito à saúde, esse encontra-se deficiente, não se conseguindo prestar um serviço essencial à sociedade, havendo um desequilíbrio, o que prejudica as políticas já existentes.

Ao se falar em saúde, tem-se observado e invocado a reserva do possível, e a mesma cede lugar ao reconhecimento de que a saúde é um bem essencial para a vida. Sendo assim, o tribunal mais apropriado para investigar e aplicar a reserva do possível é o Superior Tribunal Federal.

Diante disso, o presente trabalho foi dividido em quatro tópicos. O primeiro abordará a construção e evolução a partir da linha histórica do modelo assegurado pela Magna Carta de 1988, em especial sobre a regulamentação trazida pela Lei 8.080/1990, a qual dispõe sobre as diretrizes da saúde pública, dentre outros dispositivos relacionados.

No segundo capítulo, serão analisados o ativismo e a judicialização, demonstrando os problemas que acarreta ao Estado democrático de direito. Em sequência, o terceiro capítulo irá abordar os

princípios constitucionais e o choque entre o Princípio da Dignidade Humana, o Princípio da Tripartição dos Poderes e a Reserva do Possível, tendo como questão imanente a justiça social.

Por fim, no último capítulo será abordada uma análise de dados do Conselho Nacional de Justiça da quantidade de processos julgados em primeira e segunda instância e os processos concedidos por tutela de urgência referentes a diversos assuntos referentes à saúde e as discussões travadas recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, quando propôs a criação de varas especializadas para o julgamento de lides dessa natureza.

Para o desenvolvimento deste estudo, é preciso dar ênfase aos fundamentos com os quais o Supremo Tribunal Federal irá decidir nas ações individuais e coletivas quando da intervenção do poder judiciário. A pesquisa se fortalecerá por meio de pesquisa bibliográfica e documental que busca as análises e os conjuntos de decisões a respeito da judicialização da saúde até o ano de 2019. Por ser um tema de grande relevância, sabe-se que sob a perspectiva do direito à saúde o Estado tem-se que estabelecer mecanismos para que todo indivíduo tenha o direito de buscar para si, ou para os membros de sua comunidade, políticas públicas para proteger a si e aos demais componentes do seu grupo.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O direito à saúde

Analisa-se neste capítulo a importância da saúde para os cidadãos brasileiros, visto que é um direito de todos e dever do Estado, porquanto, torna-se imprescindível a abordagem do referido assunto neste estudo. Segundo Scliar (2007, p. 15), o conceito de saúde “reflete a conjuntura social, econômica, política e cultura”.

No entendimento do autor “saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas”. Mas o que é considerado doença varia muito, não é apenas ausência de saúde, com base na Organização Mundial de Saúde (OMS), define saúde “[...] não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social” (SCLIAR, 2007, p.15).

Humenhuk (2004) ressalta que “[...] a conceituação de saúde dada pela OMS sofreu várias críticas, haja vista que as verbas públicas podem correr o risco de não serem suficientes para a efetivação de um completo bem-estar físico, mental e social”.

O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar democracia, igualdade, respeito ecológico e desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios. Propôs-se, aqui, uma definição do que é a Saúde, para mais à frente discutir-se a evolução do direito da saúde no Brasil.

2.1.1 Evolução Histórica do Direito à Saúde

O Ministério da Saúde ressalta que o direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, ele foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente a parcela da população que contribuía para a previdência social e privava a maioria da população ao acesso às ações de saúde, restando a elas a assistência prestada por entidades filantrópicas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

O contexto acima clarifica que a saúde não era considerada um direito, mas tão somente um benefício da previdência social, como a aposentadoria, o auxílio-doença, a licença maternidade e outros. Com base nos estudos de Caminhos do Direito à Saúde no Brasil, o Ministério da Saúde, informa que:

[...] durante décadas, as políticas públicas de saúde tiveram como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à reprodução social do capital. Ao mesmo tempo, o setor de Saúde era marcado por forte cunho assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista, com pouca prioridade para as políticas de promoção da saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

O Ministério da Saúde complementa, no que diz respeito à Reforma Sanitária:

[...] o movimento pela Reforma Sanitária surgiu da indignação de setores da sociedade sobre o dramático quadro do setor da Saúde. Por isso, desde o início pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades. Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. O movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970 e princípio dos anos 1980 e mantém-se mobilizado até o presente. Ele é formado por técnicos e intelectuais, partidos políticos de diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

No trabalho Caminhos do Direito à Saúde, o Ministério da Saúde explica que a Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização, em 1986, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, importante evento que permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

É versado no mesmo trabalho que a referida conferência foi regulada pelo princípio da saúde como direito de todos e dever do Estado, confirmada pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Como consequência dessa conferência realizada em 1986, ocorreu uma intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros (BARROSO, 2010).

Por tal fato, no texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema da Seguridade Social, juntamente com a previdência e a assistência social. Com isso, instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS) como um sistema de atenção e cuidados, com base no direito universal à saúde e na integralidade das ações, abrangendo a vigilância e promoção da saúde, e recuperação de agravos, informa o Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

A respeito dos princípios estabelecidos no SUS, dispõe o Ministério da Saúde que “[...] os princípios do SUS, definidos na Constituição Federal são detalhados nas leis nº 8.080, de 19 de Setembro, e nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, mais conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde [...]”. O Ministério da Saúde, estabelece, ainda, que para uma melhor compreensão, os princípios do SUS podem ser divididos em ético-políticos e organizativos (BRASIL, 2014).

Hoje, compreende-se por princípios ético-políticos do SUS a universalidade do acesso, compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; a integralidade da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema; a equidade, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para a superação (BRASIL, 2014).

A participação social, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social, significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde. Sobre os princípios organizativos do SUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

A intersetorialidade, que prescreve o comprometimento dos diversos setores do Estado com a produção da saúde e o bem-estar da população; a descentralização político-administrativa, conforme a lógica de um sistema único, que prevê, para cada esfera de governo, atribuições próprias do comando único; a hierarquização e a regionalização, que organizam a atenção à saúde segundo níveis de complexidade – básica, média e alta –, oferecidos por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde; e a transversalidade, que estabelece a necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 17).

Explicada a trajetória do direito da saúde no Brasil, com relevância para a criação do SUS, seus princípios ético-políticos e organizativos, passa-se, a seguir, ao direito à saúde com enfoque na Constituição Federal de 1988.

2.1.2 A saúde como direito social, fundamental e integrante da seguridade social

Dizer que o direito à saúde é um direito fundamental significa dizer que ele está vinculado aos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), e que não pode ser subtraído da Constituição, nem mesmo por via de emenda constitucional, bem como o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde. Guedes (s.d.), corroborando este entendimento, diz:

[...] isto é o que a doutrina jurídica costuma referir quando diz que se trata de uma “norma tipo princípio de direito fundamental”. Direitos fundamentais veiculados normas tipo princípio ordenam que os Poderes Públicos façam todo o possível para efetivá-los, uma vez que sua observância só se dá quando tudo aquilo que é possível, fática e juridicamente, é prestado [...].

Sabe-se que o Direito à Saúde é constitucionalmente assegurado a qualquer cidadão brasileiro como um direito social, de acordo com a Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 196, que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Para Silva (2017, p. 85), as constituições brasileiras de tempos passados não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas as outras constituições apresentavam normas tratando dessa temática, com objetivo de fixar competências legislativas e administrativas. O autor descreve que a Constituição Federal de 1988 foi a precursora a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como um direito social fundamental, demonstrando uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos. Afirma que:

[...] é oportuno ressaltar que declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Isso porque após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo todo restou abalado com as atrocidades sofridas e a sociedade internacional passou a questionar as condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos, os Estados viram-se obrigados a atribuir sentido concreto aos direitos sociais. Esse movimento iniciou-se em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte mais importante das modernas constituições”, estabelecendo um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde. Veja-se: “Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” [...]. (SILVA, 2017, p. 86).

Verifica-se que o direito à saúde é evidenciado na CF/88, sendo assim, a partir desta, fluíram as demais legislações inerentes à saúde. É, portanto, na CF/88 que o direito à saúde, e não somente este, mas também outros direitos, repousam em seus mais profundos alicerces, e, acima de tudo, é por ela que todos os cidadãos podem e devem exigir o cumprimento de seus preceitos.

Humenhuk (2004) afirma que o direito à saúde está interligado a vários outros direitos, por exemplo, direito ao saneamento, direito à moradia, direito à educação, direito ao bem-estar social, direito à seguridade social, direito à assistência social, direito de acesso aos serviços médicos e direito à saúde física e psíquica. Alega que:

[...] existem vários direitos afins com o direito à saúde, pois na legislação infraconstitucional, a Lei n. 8.080/90, que trata do assunto, no seu art. 3, caput, já faz menção que a saúde possui características determinantes correlacionadas como a educação, a moradia, o trabalho, o saneamento básico, a renda, o meio ambiente, o transporte, o lazer e o acesso a serviços essenciais. (HUMENHUK, 2004, p. 18).

E acrescenta que a saúde está relacionada com a educação, posto que, se o indivíduo recebe uma correta educação, isso evitará muitos problemas devido à informação e ao entendimento no assunto. Isto posto, a saúde também é correlata com o trabalho, uma vez que este possui uma função também primordial na vida dos seres humanos. Assim, a saúde é pressuposto para o cidadão realizar suas tarefas, bem como para sua segurança na questão das doenças e acidentes de trabalho (HUMENHUK, 2004, p. 86).

Muitos conceitos, dizeres, bases jurídicas e princípios éticos geraram, até os dias atuais, uma visão “embasada”, sobre o que, exata e estritamente, se espera garantir com o direito à saúde, embora não exposto diretamente. Diante disso, serão abordadas nos capítulos seguintes a teoria da reserva do possível e a judicialização na saúde com um maior aprofundamento, visto que, garantido pela CF/88, o direito à saúde, quando não oferecido corretamente pelo poder público ao cidadão brasileiro, este recorre aos meios judiciais para lutar e exigir o seu cumprimento.

2.1.3 O Sistema Único de Saúde – SUS

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi inaugurado pela Constituição Federal de 1988, a Constituição Democrática que inaugurou diversos direitos aos cidadãos após um período perturbado pelo regime militar. Assim, “o SUS foi formulado, na esteira da luta pela redemocratização do Brasil, por intelectuais, entidades de profissionais de saúde, estudantis e outras entidades da sociedade civil.” (MORAES, 2018, p. 451).

Portanto, no período de transição democrática, a feição nacional e universalista da luta pela transformação do sistema de saúde e das condições de saúde da população brasileira viabilizou alianças com setores progressistas de diferentes orientações político-partidárias. Os compromissos com a produção de conhecimentos sobre os determinantes sociais da saúde, com o movimento por mudança no sistema de saúde e mudanças na sociedade brasileira lastrearam a formulação do SUS (MORAES, 2018, p. 452).

De acordo com Scapinelli et al. (2016, p. 6): “o papel da saúde pública é relevantíssimo em nosso país, sendo um dos planos de saúde públicos mais avançados do mundo, com uma taxa de atendimento não encontrada em qualquer região do planeta”. Isso mostra a grande importância do SUS para o nosso País, onde a pobreza ainda assola grande parcela da população. O direito à vida está intimamente ligado ao direito à saúde, dessa forma o SUS visa assegurar uma vida digna com uma saúde adequada a todos, sem distinção.

Segundo Lígia Bahia (2018), o direito à saúde, elevado ao patamar de direito essencial em função de sua ligação intrínseca com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana no âmbito da posituação dos direitos sociais atribuída pela Constituição de 1988, traduz-se no reconhecimento da saúde como direito público subjetivo de eficácia plena e imediata.

O Sistema Único de Saúde é estruturado nas bases do Governo Federal com distribuição de competências entre Estados e Municípios, que precisam agregar ao sistema políticas públicas de complementação. Ao SUS são instituídos princípios e diretrizes.

Os princípios são compreendidos e a universalidade: a Saúde é reconhecida como um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o acesso à atenção e assistência à saúde em todos os níveis de complexidade. A equidade é um princípio de justiça social porque busca diminuir desigualdades. Isto significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior (NUNES; ALAPANIAN, 2010, p. 20)

Integralidade: significa a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos em cada caso para todos os níveis de complexidade de assistência. Engloba ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A participação popular: como forma de garantir a efetividade das políticas públicas de saúde e como via de exercício do controle social, é preciso criar canais de participação popular na gestão do SUS em todas as esferas: municipal, estadual e federal. (NUNES; ALAPANIAN, 2010, p. 20)

Descentralização e comando único: um único gestor responde por toda a rede assistencial na sua área de abrangência, conduzindo a negociação com os prestadores e assumindo o comando das políticas de saúde. A resolutividade é a capacidade de dar uma solução aos problemas do usuário do serviço de saúde de forma adequada, no local mais próximo de sua residência ou encaminhando-o onde suas necessidades possam ser atendidas conforme o nível de complexidade (NUNES; ALAPANIAN, 2010, p. 21).

Regionalização e hierarquização: a regionalização é a aplicação do princípio da territorialidade, com foco na busca de uma lógica sistêmica, evitando a atomização dos sistemas locais de saúde. A hierarquização é expressão dessa lógica (NUNES; ALAPANIAN, 2010, p. 22).

2.1.4 Do direito à assistência farmacêutica

A Assistência Farmacêutica como política pública teve início no ano de 1971, com a instituição da central de medicamentos (CEME), o qual tinha como missão fornecer medicamentos à população sem meios econômicos para prover os medicamentos. Caracterizava-se por manter uma política centralizada na aquisição e distribuição de medicamentos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi estabelecida como direito social (art. 6º), tendo os entes federativos, mediante políticas sociais e econômicas a responsabilidade de prover à população a saúde como um direito social.

No Brasil, nos termos da política nacional da Assistência Farmacêutica, a assistência deve ser compreendida como política pública, norteadora da formulação de políticas setoriais, entre as quais entram em destaque as políticas de medicamentos. Essas devem ser voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual quanto coletiva.

Em 1998, foi publicada a política nacional de medicamentos (PNM), com a finalidade de garantir e promover a qualidade e o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. A Assistência Farmacêutica tem caráter sistêmico, multidisciplinar, e envolve o acesso a todos os medicamentos considerados essenciais e a promoção do uso racional destes e eficácia do sistema de distribuição no setor público com o fim de desenvolver iniciativas que possibilitem reduzir os preços dos produtos.

Na maioria dos processos judiciais da saúde, a judicialização de medicamentos é responsável por grande parte dos processos que integram o judiciário. O direito à Assistência Farmacêutica foi instituído em nosso ordenamento jurídico como um direito social, e conforme os artigos 6º e 7º da lei orgânica da saúde (8080/90), a assistência terapêutica e farmacêutica deve ser garantida aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), como pactua o princípio da integralidade de assistência, que faz um elo com as políticas públicas e serviços públicos de saúde desenvolvidos pelo Ministério da Saúde.

A contenda se dá quando o medicamento que foi prescrito pelo médico que atendeu o paciente não faz parte da lista da Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde ou mesmo quando o valor

do medicamento fica inacessível ao orçamento do paciente. Além do mais, quando houver risco de morte e esse medicamento é o único capaz de controlar a doença que lhe acomete e lhe é negado o direito de obter o medicamento, surge a atuação do judiciário, no intuito de resguardar a Assistência Farmacêutica, obrigando o Estado a fornecer o medicamento pleiteado pelo paciente.

É dever do SUS juntamente com os entes da Federação prestar a devida Assistência Farmacêutica à população, porém, conforme o crescimento de ações, vislumbra-se que esse dever não está se cumprindo, ou seja, a obrigação não está sendo feita de maneira adequada e eficiente.

Conforme dados do controle externo do Tribunal de Contas da União (TCU), os gastos da União e dos Estados cresceram em 1300%, tudo por conta das demandas judiciais por fornecimento de medicamentos entre 2008 e 2015. As despesas nesse período, com o cumprimento dessas decisões judiciais, chegam ao patamar de 1 bilhão de reais.

2.1.5 Dos medicamentos não padronizados

Medicamentos padronizados são os que constam na lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) e são disponibilizados pelo SUS, enquanto os não padronizados não constam na lista do SUS. Por ser a intervenção terapêutica mais utilizada e por exercer um impacto enorme no orçamento de quem necessita, é relevante que o SUS crie critérios a fim de possibilitar o acesso a medicamentos mais seguros, eficazes e acessíveis ao bolso de quem necessita. Nesse sentido, o Ministério da Saúde reafirma o relevante papel do RENAME como elemento técnico que orienta a prescrição e a dispensação de medicamentos no serviço do SUS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, s.d.).

Alguns enunciados da 1ª jornada de direito à saúde trouxeram pontos importantes ao tema, dentre eles, ressalta-se o enunciado nº 06 que destaca “a determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”. (Enunciado nº06, CNJ área de saúde).

No mesmo segmento, reforça o enunciado nº 09, “as ações sobre medicamentos e tratamento devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e ANVISA não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamentos e tratamentos experimentais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Em síntese para legitimar a disponibilidade desses fármacos, não se pode impor aos entes federados provimentos e custeio de medicamentos e tratamentos experimentais.

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance desse propósito esteja demarcado pela adoção de medicamentos essenciais, regulação sanitária de medicamentos à assistência farmacêutica e promoção do racional de medicamentos.

O Ministério da Saúde publicou resolução sobre a prescrição de medicamentos não padronizados pelo SUS. Essa resolução dispõe sobre a justificativa que o profissional de saúde terá que apresentar ao prescrever medicamentos não padronizados pelo SUS e a centralização de dados. Em tese firmada em face do acórdão 1161515 do STJ, julgado em 27/03/2019, a relatora ressaltou que o for-

necimento de medicamento não padronizado é dever do Estado e um direito subjetivo da saúde, com amparo constitucional que assegura o respeito a dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado de forma contínua e gratuita a todo cidadão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019a).

O Estado é o garantidor do serviço e, independentemente de ter orçamento ou não a fim de assegurar os direitos sociais previstos na magna carta, o poder judiciário tem o dever de garantir a aplicabilidade imediata e eficaz aos que pleiteiam o direito a um sistema de saúde imediato.

Comprovada a necessidade da parte que pleiteia o direito ao medicamento prescrito com o fim de tratar a doença, ao Estado cabe providenciar os recursos necessários para adquirir o fármaco, ainda que não se encontre listado nos protocolos terapêuticos do RENAME, uma vez que, conforme laudo médico, é único e eficaz no tratamento, por exemplo, de câncer que acomete o paciente, e esse posicionamento foi um avanço para quem busca o seu direito junto ao judiciário.

2.1.6 Da responsabilidade civil do Estado como garantidor do direito à saúde

Bucci (2017, p. 241) trata as Políticas Públicas, como sendo “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. A política pública é fundamentada por Bucci, como sendo:

[...] instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao government by men, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se estende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas. (BUCCI, 2017, p. 259).

Teoricamente, o direito à saúde tem correlação direta com as políticas públicas estabelecidas e implementadas pelo governo brasileiro. Nesse diapasão, Rios (2009) afirma que cabe ao Estado Brasileiro o dever de fazer todo o possível para promover a saúde. A Constituição impõe, de modo imediato e direto, e em primeiro lugar, aos Poderes Legislativo e Executivo o fornecimento da maior prestação possível em face do direito à saúde.

Significa que esses Poderes têm o dever de desenvolver e de executar políticas públicas de saúde as mais eficazes e abrangentes possíveis. Trata-se, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, do cumprimento de atividade concretizadora dos direitos fundamentais, propiciando aos cidadãos o gozo e o exercício dos denominados direitos derivados, ou seja:

Direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. O direito à saúde também tem eficácia direta e imediata em face do Poder Judiciário que, diante das políticas públicas definidas e implementadas, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos subjetivos nelas previstos, em toda a sua extensão ali prevista. (RIOS, 2009, p. 9).

Essa eficácia imediata e direta do direito fundamental à saúde vai mais além para o Poder Judiciário: diante de uma política pública definida legislativamente e bem executada pela Administração, ele pode ser chamado a definir se o conteúdo jurídico do direito à saúde alcança alguma outra prestação positiva, vale dizer, aferir a existência de direito decorrente diretamente da Constituição (direito originário à prestação de saúde) a alguma prestação de saúde, observadas as condições jurídicas e fáticas pertinentes. Isto é o que ocorre na maioria das ações pleiteando o fornecimento de medicamentos: um provimento judicial que afirme a eficácia originária do direito à saúde para o fim de obrigar a Administração a prestar medicação além daquilo definido e previsto nas listas oficiais de medicamentos. Para Menelli (2018, p. 45-46):

[...] o Estado Democrático de Direito está em evidente conexão com direito à saúde, visto que a nossa Lei Maior o dimensiona como um direito fundamental social e, por conseguinte, de aplicação imediata e eficácia plena, no sentido de o Estado – devedor, ter obrigação de realizar a efetivação do direito à saúde para com o cidadão – credor, com vista à dignificação da pessoa humana.

Nota-se que, ainda que o direito à saúde seja um direito adquirido, essencial à vida da pessoa humana e dever do Estado em prestá-lo, ainda assim a saúde pública convive com inúmeros problemas. Silva faz uma importante observação quando se refere à saúde:

[...] a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização. (SILVA, s.d., p. 411).

Cita-se a falta de recursos financeiros públicos, que, por serem insuficientes, não são capazes de suprir a necessidade e demanda do atendimento à saúde, a escassez de recursos humanos no pronto atendimento à saúde, as burocracias na prestação do atendimento público, as gigantescas filas de espera para marcar uma simples consulta médica, a demora no atendimento de uma consulta – que pode durar até meses de espera para que uma pessoa venha a receber um diagnóstico de doença –, dentre outras situações inaceitáveis de descaso com a saúde pública.

2.2 Judicialização x Ativismo Judicial

O grande descontentamento populacional provocado ao longo dos anos pela falta de políticas públicas satisfatórias voltadas para a composição dos direitos sociais, e principalmente os que envolvem as políticas de saúde, trouxe para a estrutura brasileira um fenômeno conhecido como ativismo judicial, ou seja, uma nova forma interpretativa da Constituição, buscando uma ampliação de suas normas, versando efetivar de forma satisfatória suas particularidades.

2.2.1 A relação entre Judicialização x Ativismo Judicial

Para Barroso (2017), esse mecanismo potencializa o alcance de interpretação das normas constitucionais, o que pode trazer alguns efeitos negativos para a própria Constituição, como a inserção de riscos sobre a legitimidade democrática e a politização da justiça, e principalmente sobre a capacidade do poder jurisdicional de decidir sobre determinadas matérias específicas, que escapam de seu cunho objetivo. Nesse aspecto não se questiona a legitimidade do poder judiciário na introdução da matéria, mas sim a capacidade de decisão satisfatória, observadas todas as particularidades específicas de cada área. Segundo Barroso, o ativismo judicial é:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2017, p. 17).

Outro aspecto importante, e escopo principal do trabalho, refere-se à judicialização da política, que corresponde à possibilidade de trazer ao poder jurisdicional, através da utilização de seus meios técnicos, formas de discussão e implantação de políticas voltadas para a solução de déficits sociais. De acordo com Barbosa (2017, p. 56):

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

Para o autor supracitado, esse fenômeno decorre da própria vontade do constituinte, independente da vontade do legislador, pois é uma das características do processo constitucional democrático a possibilidade de abertura de discussões políticas e sua real utilização de apreciação pelo poder jurisdicional, haja vista que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode escapar de apreciação do poder judiciário, e o fenômeno apresentado, hoje, configura a realidade brasileira como um mecanismo de usufruto do cidadão pela passividade e omissão do Estado em determinadas áreas.

Esse processo ocorre devido às inúmeras insatisfações dos cidadãos, principalmente no que tange às políticas públicas, haja vista a posição de desprestígio dos poderes legislativo e executivo em votos por descaso e ineficiência de suas políticas apresentadas à sociedade – como forma de sanar os problemas que imperam no meio, principalmente daqueles mais necessitados – tidas como ineficazes ou até mesmo inexistentes, gerando de tal forma grande comoção. Há uma busca cada vez mais expressiva por parte da população para a realização de suas expectativas sociais.

Diante desse panorama surge o poder judiciário como uma alternativa eficaz e, de certo modo, presente na vida social, já que a função do poder judiciário é buscar soluções para os conflitos existentes na sociedade, versando dar satisfação aos pleitos exigíveis por aquele a quem de direito.

A falha encontrada na prestação do direito à saúde é uma das causas mais expressivas da questão da judicialização de políticas públicas, já que na atualidade vem sendo buscado por algumas pessoas o auxílio do judiciário com o intuito de conseguir objetivar seu direito, que vem sendo negado, ou apreciado de forma ineficaz, valendo-se de princípios e normas constitucionais que preconizam a vontade do constituinte em apresentar a estrutura, forma e eficácia para a administração desse bem. Segundo apresenta Costa (2010, p. 133):

Por sua vez, o Poder Judiciário, contando com maior prestígio e, principalmente, com mais subsídios jurídicos, uma vez que restou reconhecida a força normativa das disposições constitucionais e dos seus princípios – os Quais, como se viu, admitem uma interpretação mais construtiva -, se viu Praticamente obrigado a exercer um papel mais decisivo nos rumos do Estado Democrático de Direito, em especial na efetivação dos projetos de justiça social Estabelecido pelo Estado Social, gerando, assim, a judicialização dos direitos Sociais, sobretudo do direito à saúde.

Para o autor, o poder judiciário apresenta grande relevância na construção do Estado democrático de direito, já que, através de sua interposição, vem sendo obtida uma melhor efetivação de projetos de justiça social, sendo ele responsável por um estabelecimento ativo do Estado social, principalmente quando se tratar da efetivação de direitos sociais, mais especificamente o que se refere à saúde, já que está diretamente relacionado com o bem maior que é a vida.

Esse assunto vem ocasionando diversos conflitos, haja vista o princípio das separações dos poderes, a reserva do possível, que são apresentadas como contrapartida pelos demais poderes como forma impeditiva da atuação do poder judiciário na implantação e decisão sobre propostas de políticas públicas que são historicamente usufruto dos demais poderes, escapando de sua incorporação.

Como relação à separação dos poderes, o artigo 2º da Constituição Federal determina que os poderes legislativos, judiciário e executivos são independentes e harmônicos entre si. Entretanto, a observação das normas constitucionais demonstra que não estão imunes à apreciação do poder judiciário qualquer forma de lesão, ou ameaça de lesão, inclusive o que tange o processo político, já que os governantes devem obedecer a uma estrutura interposta, a sua eleição, que é a Constituição. E essa não caracterizou o absolutismo das formas de apreciação política, muito pelo contrário, versa pela democratização e interposição entre poderes que de forma harmônica tendem a se equilibrar e impor fiscalizações (BRASIL, 1988).

De forma que a judicialização da saúde, ou seja, a interferência do judiciário na aplicação de políticas voltadas a essa área não fere as demandas apresentadas de desarmonização dos poderes, nem tão pouco impõe uma ditadura jurisdicional, muito pelo contrário, já que as investidas jurisdicionadas não buscam nada além da cobertura de uma norma constitucional, reafirmada e importante, como é a relativa ao direito à saúde.

Já o que se refere à reserva do possível, esse é um argumento que vem sendo utilizado pelo poder executivo como forma de justificar sua ineficácia na promoção de políticas públicas, mais abrangentes, principalmente no que tange à promoção de saúde, de forma a expor o judiciário aos meios econômicos e técnicos de implantação e justificação de sua omissão, de forma a representar a não intervenção judicial pelo desconhecimento e responsabilização de suas prerrogativas ao não observar esses elementos. No entanto, conforme, apresenta Costa (2010, p. 133):

Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e Escolher em que o dinheiro público disponível será Investido. Essas escolhas, portanto, recebem a Influência direta das opções constitucionais acerca Dos fins que devem ser perseguidos em caráter Prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos Públicos não constituem um tema integralmente Reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto Recebe importante incidência de normas jurídicas Constitucionais.

Segundo apresentado, os gastos públicos sofrem influência direta das normas constitucionais, haja vista a inexistência de recursos ilimitados, todavia não cabe em sua integridade a apreciação exclusiva do poder executivo na observação dos gastos, de forma que tem o judiciário papel crucial na observação de preceitos constitucionais que tendem a influenciar as decisões de gastos públicos.

A utilização por parte do executivo do usufruto da reserva do possível como um argumento limitador para a imposição de políticas mais eficientes voltadas para área da saúde, ou como forma de justificar sua omissão, torna-se demasiadamente ineficaz, já que são latentes o descaso, a falta de organização administrativa, os gastos desmedidos em serviços e bens dispensáveis, entre outras mazelas encontradas nas camadas de poder. Tudo isso contribui drasticamente para a imposição de uma maior judicialização da saúde, ou seja, da necessidade do poder de jurisdicional adentrar as esferas do executivo como forma de sanar carências, garantidas como direitos inalienáveis dos indivíduos, como a saúde, ou seja, a vida (COSTA, 2010, p. 134).

2.2.2 A Legitimidade da Judicialização

A judicialização é um fenômeno jurídico que surge da omissão ou insuficiência por parte do Poder Legislativo e Executivo de efetivar o direito à saúde. Os cidadãos que se sintam afetados poderão judicializar a relação que se estabelece entre eles e o Poder Público, para que, enfim, conquistem a efetivação de seus direitos (SILVA, 2016).

As políticas públicas objetivam racionalizar a prestação coletiva do Estado baseadas nas principais necessidades de saúde da população, de forma a motivar a justiça distributiva, peculiar à própria natureza dos direitos sociais. Nesse sentido, Marques e Dallari (2018, p. 101-107) sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde, nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizados mediante tais políticas.

Ainda dentro do mesmo pensamento, André da Silva Ordacgy (2009) defende que “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida.”

Partindo da hipótese de que a saúde é condição indispensável à garantia da vida humana e que valor maior terá à vida se esta for vivida com integridade, tendo cautela quanto à impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade da pessoa humana do direito à vida e à saúde, é inegável que a judicialização das políticas públicas tem se revelado um instrumento importante na concretização do direito fundamental à saúde.

Porém, é preciso que a saúde não se torne, de outra banda, um risco para outros elevados valores constitucionais, como a vida e a incolumidade física e mental do indivíduo e da coletividade. Em abundância, pessoas procuram o Poder Judiciário para garantir esse acesso que deu origem a um processo denominado judicialização da saúde, que passa a existir com a possibilidade de o poder judiciário editar determinações à Administração Pública para que forneça ações e serviços de saúde a uma determinada pessoa. As demandas judiciais mais comuns referem-se à distribuição de medicamentos. Barroso (2008) assim discorre sobre o tema:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, convertem-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

A judicialização não deveria se apresentar como caminho para o acesso a medicamentos. Contudo, é compreensível que essa demanda se dê pela via judicial, quando o fornecimento previsto nas políticas públicas não está garantido; ou quando determinada doença prescinde de cobertura de tratamento pelas políticas farmacêuticas ofertadas no SUS.

2.2.3 O ativismo judicial como ato de risco para a democracia

O grande número de processos existentes no Brasil, no tocante à judicialização do direito à saúde, gera inúmeras consequências, principalmente nos desencontros relacionados à previsão orçamentária, que resulta em prejuízos aos planejamentos preestabelecidos pelo Poder Público. Assim, pode prejudicar a realização das dotações orçamentárias já existentes, uma vez que não é possível estipular um teto a ser utilizado no atendimento às necessidades dos cidadãos que adoecerem em razão dos princípios da integralidade do tratamento e acesso à universalidade de procedimentos médicos e tratamentos disponíveis.

A judicialização excessiva do acesso à saúde, além da perda dos recursos públicos, muitas vezes acaba por ferir a igualdade do acesso à saúde pública pela população. Barroso (s.d.) ressalta que: “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

A partir do momento que o Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo dependa de determinado valor para efetuar um gasto que não estava previsto em orçamento, estará prejudicando os cofres públicos e atuando diretamente na implementação de políticas públicas.

As decisões de demandas individuais impõem dificuldades na garantia do mínimo existencial para a coletividade e podem se tornar inviáveis à saúde de forma universal, uma vez que os recursos que poderiam ser destinados a uma dotação específica em prol da sociedade serão realocados para suprir uma demanda individual.

A falta de conhecimentos específicos na área da saúde por parte dos juízes pode resultar na concessão de medicamentos e tratamentos não autorizados pela ANVISA nem pelo SUS, que são re-

ceitados pelos médicos e deferidos pelos juízes, pois estes, muitas vezes, não conhecem alternativas viáveis, como a diferença entre medicamentos de marca e genéricos ou tratamentos alternativos e menos custosos.

O processo judicial é um espaço limitado e inadequado para considerar decisões a respeito dos direitos sociais, pois elas são complexas e abordam questões coletivas e não individuais como a maioria das demandas judiciais. Além do mais, o processo força o deslocamento de recursos públicos das políticas de saúde para o atendimento às demandas individualizadas. Assim, busca-se uma solução individualizada de uma questão coletiva.

Segundo Octávio Luiz Motta Ferraz (2009):

O litígio tende a se focar no caso individual e desconsidera o quadro geral, sendo indiferente aos interesses que necessariamente serão afetados pela decisão judicial. Isso resulta no problema da não-representatividade, que traz questões não somente sobre competência institucional, mas também sobre justiça.

A pluralidade de ações individuais também não torna legítima a adoção desse critério, pois muitas das ações são promovidas indevidamente. Ainda que assim não fosse, a possibilidade de atendimento da pretensão do paciente deve ser aferida com base nos elementos efetivamente demonstrados no processo, de modo que a mera alegação de existência de muitas ações não tem o condão de demonstrar que o Poder Público não possui recursos materiais para efetivação da assistência farmacêutica pleiteada.

2.2.4 Críticas e limitações às decisões discricionárias do Judiciário

A judicialização da saúde ocorre por um grande número de ações demandadas por cidadãos individuais, em que o Judiciário precisa demandar do Estado resposta para o problema da saúde. O que se discute basicamente é até que ponto o Judiciário pode interferir nas questões que envolvem o Estado. A respeito do assunto trata o desembargador Carlos Olavo Pacheco (2018):

A intervenção judicial sofre críticas por isso. Uma delas, sob a alegação de que o Judiciário não deveria se imiscuir em matéria que afeta a outro Poder; outra, de que a administração não pode cumprir uma obrigação se para tanto não dispõe de recursos específicos, sem prejuízo de outras situações de necessidade prioritária.

O grande número de ações buscando tratamentos e medicamentos, que não são disponibilizados pelo SUS chama atenção para um problema que precisa ser analisado com cautela, já que as decisões do judiciário favoráveis aos indivíduos podem pôr em risco todo o sistema de saúde, pois os Juízes proferem decisões em grande percentual sem levar em consideração a capacidade de o Estado arcar com esses custos. A situação é alarmante segundo o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes): “Há mais de 240 mil processos relativos a essas e outras reclamações na área de saúde tramitando em todo o país. Os dados começaram a ser coletados no segundo semestre de 2010, mas ainda faltam dados de três tribunais para serem computados. (CEBES, s. d.)

Neste mesmo sentido, a respeito do número de ações, afirma Farena (2010) que “o excesso atualmente existente se deve à ineficácia dos serviços de saúde em contraste com os direitos assegurados na Constituição, e mesmo à corrupção.” Não é difícil encontrar decisões desse porte. A respeito, o STJ diversas vezes já se pronunciou como pode ser visto neste Recurso Especial:

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. 1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 2. Configurada a necessidade do recorrente, posto legítima e constitucionalmente garantido direito à saúde e, em última instância, à vida. Impõe-se o acolhimento do pedido. 3. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público (Estado do Rio de Janeiro) ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença pulmonar obstrutiva crônica, resta inequívoca a cumulação de pedidos do tratamento e fornecimento de medicamento, posto umbilicalmente ligados. É assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade de forma a tornar efetivo, o acesso à justiça. (Precedente: REsp 625329 / RJ, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 23.08.2004). 4. In casu, o Juiz Singular reconheceu a obrigação de fazer do Estado do Rio de Janeiro, consistente no fornecimento dos medicamentos pleiteados na inicial, bem como os que venham a ser necessários no curso do tratamento, desde que comprovada a necessidade por atestado médico fornecido pelo hospital da rede pública (fls. 107). 5. Recurso especial provido.(BRASIL, 2004)

O perigo ao direito à vida digna é o que leva ao resultado positivo a quem demanda do judiciário uma resposta. Apenas assuntos relevantíssimos devem ser analisados, para não inviabilizar outras áreas. Outra decisão proferida que pode ser analisada aqui é a possibilidade de bloqueio dos valores necessários ao custeio do tratamento na medida cautelar que se segue:

MEDIDA CAUTELAR. MEDICAMENTO ESPECÍFICO. RISCO DE MORTE. NÃO FORNECIMENTO PELO SUS. BLOQUEIO DE VALORES NECESSÁRIOS À AQUISIÇÃO. NÃO-APLICAÇÃO AO CASO DO ARTIGO 1º, § 3º, DA LEI 8.437/92. MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE. 1. Em exame medida cautelar interposta por Karem Patrícia Maia Gomes cujo pedido liminar de bloqueio de valores para compra de medicamentos foi concedido nos seguintes termos: “Saliente-se, que desde agosto de 2005 o Estado não fornece a medicação, descumprindo liminar concedida em antecipação de tutela, posteriormente confirmada por sentença. Não é razoável, pelos princípios de Direito e pela primazia da vida assegurada constitucionalmente, para não falar nos princípios cristãos, que o Estado, não havendo durante todo este tempo fornecido a medicação, se recuse a pagar os valores necessários à compra dos remédios de que a requerente necessita. Portanto, concedo a liminar, inaudita altera pars, para determinar que seja feito o bloqueio do valor de R\$ 8.725,20 expedindo-se o alvará para sua imediata liberação. Determino, outrossim, o destrancamento do recurso especial.” Contestação do Estado do Rio Grande do Sul sustentando a existência de medicamento equivalente ao solicitado pela requerente sendo ilegítima a sua pretensão; a liminar concedida na presente cautelar detém efeito plenamente satisfativo em clara afronta ao artigo 1º, § 3º, da Lei 8.437/92; anorma do artigo 196 da Constituição Federal que assegura o acesso universal e igualitário aos serviços e ações na área da saúde, pretende que se franqueie o ingresso no sistema ao maior número de pessoas possível. 2. Comprovado documentalmente nos autos que não obstante a determinação judicial, o requerido não forneceu os medicamentos determinados em laudo médico e encontrando-se a requerente, desde agosto de 2005, sem receber o tratamento e em sério risco de morte, sem obter do Estado sequer a insulina comum deve ser confirmada liminar que determinou o bloqueio de valores para tal fim. 4. Ainda que o artigo 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 vede a concessão de liminar con-

tra atos do poder público no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, há que se considerar que, tratando-se de aquisição de medicamento indispensável à sobrevivência da parte, impõe-se que seja assegurado o direito à vida da requerente. 5. Medida cautelar julgada procedente. (MC, 2006).

Eis a questão que surgiu com o crescimento da judicialização da saúde: privilegiar o coletivo ou o individual? A resposta consiste em analisar os casos existentes, os objetos demandados do judiciário, em favor do cidadão individual, acarretando uma diminuição da distribuição para o cidadão universal, ou seja, a coletividade.

2.3 Princípios limitadores da judicialização da saúde

Explica Lutosa (2012) que, “no início dos tempos, os princípios não eram compostos de uma eficácia normativa, pelo contrário, eram elementos que expressavam ordem moral ou política, sugestões, ideias de direção”. Após percorrer um longo caminho evolutivo, a doutrina consolidou a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que tem como espécies as regras e os princípios. Atualmente a atribuição de normatividade aos princípios tem tido características marcantes ao pensamento jurídico, eles reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas com aplicabilidade direta e imediata.

2.3.1 Princípio da Reserva do Possível

A expressão reserva do possível teve sua origem na Alemanha no ano de 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal apreciou uma ação constitucional de defesa proposta por estudantes que prestaram vestibular para vários ramos de graduação, porém não puderam ingressar nas universidades pelo excessivo número de alunos em confronto com as poucas vagas existentes. Ney Rodrigo Lima Ribeiro, fazendo referência ao magistério de Sarlet, relata que a reserva do possível possui uma tríplice dimensão, quais sejam:

- a) A efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima;
- c) Conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- d) A proporcionalidade e razoabilidade no que concerne à exigibilidade da prestação. (RIBEIRO apud SARLET, 2018).

Portanto, o Princípio ou cláusula da Reserva do Possível é o equilíbrio; o contraponto entre o direito pleiteado e a disponibilidade de recursos do Estado emprestar tal direito. Ressalta-se que, no caso concreto, ao exemplo de uma demanda judicial em que se pleiteie o Direito Fundamental à Saúde, o Estado só poderá invocar a cláusula da reserva do possível quando puder demonstrar, objetivamente, a impossibilidade de custear esse direito, não podendo o Ente Federativo pretender se esquivar de seu dever constitucional, através de manobras políticas ou por meio de má administração dos recursos públicos. Não é outro o entendimento do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 onde decide:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004).

Entende o ministro Celso de Mello que o direito fundamental à saúde só poderá ser restringido pelo Estado mediante comprovação fática, objetiva e irrefutável de indisponibilidade de recursos, e também de impossibilidade de alocação dos mesmos, tendo em vista que o Estado tem a possibilidade de deslocar recursos de áreas menos importantes para aplicá-los em setores como saúde, educação e segurança. Portanto, caso o Estado prove que nem desta forma consegue alocar recursos, poder-se-ia levar em consideração a cláusula da reserva do possível. Canotilho, com muita propriedade bem assevera que:

Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; Reserva do possível significa a tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais; Reserva do possível significa gradualidade como dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. Reserva do possível significa inaplicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedora de direitos sociais. (CANOTILHO, 2018).

O autor é bastante contundente ao consignar que a Reserva do Possível, caso consagrada como premissa aceita, é motivo de tornar a Constituição uma lei sem a aplicabilidade devida; uma relativização na efetivação de todas as suas normas, inclusive nas garantidoras de direitos sociais, o que em nossa concepção é, também, inaceitável.

Desta forma, temos que, ao se debruçar sobre um caso concreto, o juiz deve ter extrema cautela ao apreciar uma demanda judicial quando esta se tratar do tema do direito à saúde, sob pena de colocar em risco os direitos fundamentais e subverter a própria ordem constitucional.

2.3.2 Princípio do mínimo existencial

O princípio do mínimo existencial teve seu berço na Alemanha onde, pelo fato de a constituição alemã não possuir um rol extenso de direitos fundamentais, os constitucionalistas juntamente com o tribunal constitucional pensaram em como poderiam garantir direitos mínimos aos seus cidadãos e quais seriam esses direitos, sustentando que deveria existir um direito subjetivo que garantisse, ao menos, um mínimo existencial. Pode-se conceituar o princípio do mínimo existencial como sendo o direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. É o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em apertada síntese (OLIVEIRA; TEIXEIRA, 1985, p. 17).

De modo semelhante, encontramos nas palavras de Sarlet (2018, p.105) a Garantia de do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais, em que o autor demonstra que a garantia de proteção

do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental.

Portanto, trata-se de um princípio garantista dos direitos fundamentais, que se encontra implícito na Constituição Federal de 1988 e que visa garantir, não apenas, que o cidadão não morra de inanição por não ter condições de se alimentar, mas que também é um princípio de qualidade e que traz a necessidade de que sejam garantidas condições dignas de vida para todas as pessoas, principalmente para aquelas que mais precisam do Estado, ou seja, os hipossuficientes.

Em se tratando do Direito Fundamental à Saúde, é inconcebível que um cidadão venha a perecer e penar para poder ao menos ter o direito de uma consulta em tempo hábil com um médico, a qual não permita que esse mesmo cidadão venha a morrer pela demora de ser atendido; ou que um doente, grave ou não, que precise de um leito ou de uma cadeira de rodas – quando são necessários a sua atual condição física –, esses itens lhe sejam subtraídos por qualquer que seja o motivo. Essas são situações, infelizmente, corriqueiras no Brasil, ferem de morte o princípio de uma dignidade humana e de um mínimo existencial.

2.3.3 Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

Considerado como um princípio do direito constitucional contemporâneo, o Princípio da Máxima Efetividade das Normas Constitucionais tem sua ideia central no fato de que todas as normas que se encontram na Constituição têm aplicação imediata e efetiva, notadamente em relação aos direitos fundamentais, neste incluído o direito à saúde. O princípio em tela reivindica que todos os direitos sociais sejam implementados e efetivados sem a possibilidade de discricionariedade da Administração, pois não existe discricionariedade *contra legem*, e a Constituição rege que a administração “deve” se prestar à saúde, e não que “pode” prestá-la (SARLET, 2018, p. 202).

O princípio da máxima efetividade, também colaborado com a Força Normativa da Constituição, pretende transformar as normas constitucionais de um plano ideal para um plano real, exequível no mundo dos fatos para os jurisdicionados, pois, se assim não for, estaremos negando o Estado Democrático de Direito.

2.3.4 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, também ligado ao Princípio da Proibição ao Retrocesso Constitucional, refere-se a uma norma princípio lógica que sustenta que todos os avanços Constitucionais e Sociais alcançados, através de leis e projetos de governo que trazem benefício à população, não podem mais ser retirados do ordenamento jurídico, ou ser subtraída sua prestação. Também não há como deixar de consignar que, em termos gerais, importa ter sempre presente a premissa de que a problemática da proibição ao retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica.⁶³ Sarlet traz uma lição amplamente aceita pela doutrina e explica:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (SARLET, 2018, p. 205).

Conforme sustenta Barroso (s.d.), trata-se de um princípio implícito que veda a supressão de leis que regulamentem a Constituição e que tragam benefícios sociais. Portanto, trata-se de um princípio importante e que no contexto do direito à saúde impediria que, por exemplo, um remédio considerado de alto custo, que fosse incluído na lista de medicamentos oferecidos gratuitamente pelo SUS, não poderia ser retirado dessa lista de forma sumária, pois estaria violando o Princípio da Vedação ao Retrocesso.

2.3.5 Reserva do Possível versus Mínimo Existencial

Dentre os princípios conflitantes temos um grande embate travado pelos princípios da Reserva do Possível *versus* o Mínimo Existencial, tanto na doutrina como na jurisprudência. O tema é bastante polêmico tendo em vista a complexidade que é tratar cada um desses princípios de maneira isolada e ao mesmo tempo conexa.

De um lado, há que de observar que os direitos sociais, nestes incluído o direito à saúde, são tidos como direitos “positivos”, ou seja, que impõem ao Estado uma prestação positiva, e esta é feita por meio de elevados gastos públicos. De outro lado está o dever do Estado em propiciar uma vida minimamente digna para seus cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Uma premissa básica a se observar é que o direito à saúde, por ser tipicamente social, e que, como já visto, exige uma prestação positiva por parte do Estado, que, por sua vez, opera com recursos públicos, nunca deixará de ser afetado pela Reserva do Possível para ser efetivado. Contudo, como explicam Sarlet e Figueiredo (2008, p. 16):

a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. [...]em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres.

Tem-se então que o Mínimo Existencial, por seu caráter social, e por estar intrinsecamente interligado aos direitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana, prevalece sobre o princípio da reserva do possível de acordo com maior parte da doutrina e da jurisprudência, pois esta tem entendido que o Direito Fundamental à Saúde é indisponível e prevalece sobre questões financeiras invocadas pelo Estado.

A título de demonstração, observemos o julgado apresentado por Ciarlini (2018), que trata de um acórdão que envolve certa sofisticação quanto aos limites da atividade jurisdicional, no sentido de dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde:

A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas verdadeira observância da legalidade. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no Art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica [...].(CIARLINI, 2018, p. 42).

O referido acórdão levou em consideração a primazia dos direitos fundamentais em detrimento de outros interesses do Estado, em outros termos, defendeu-se um “mínimo” de proteção a um direito basilar e fundamental que é a saúde, em face de outros direitos e princípios relacionados ao Estado, quais sejam, de gerir os recursos públicos com certa discricionariedade.

2.3.6 Princípio da separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito

O surgimento da crescente busca do Judiciário para resolução de conflitos é reflexo do nascimento da ordem democrática e do Estado Democrático de Direito. Todavia, a problemática encontra-se instalada com o uso excessivo da judicialização, que ocasiona em determinados casos a ocorrência do ativismo judicial, podendo interferir substancialmente na harmonia entre a separação dos poderes.

Dada a relevância desse princípio, o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão traz a afirmação de que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A separação dos poderes foi implantada pela Constituição de 1988, através do artigo 2º, que dispõe sobre a independência e harmonia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, recebendo *status* de cláusula pétrea em razão de sua importância. Nesse sentido, o sistema da tripartição de poderes “é concebida como um sistema em que conjugam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições” (DALLARI, 2016, p. 56).

É preciso acentuar que se pode extrair da ideia de separação de poderes mais do que uma separação absoluta. Esse princípio caracteriza uma colaboração entre os poderes, pois essa terminologia pode ser entendida como “divisão” ou “distribuição” dos poderes (TEIXEIRA, 1991, p. 31). Convém observar que esse princípio passou por uma grande transformação, passando a ser mais flexível, conforme prepondera Rios (2013, p. 15):

Na medida em que as exigências da ação estatal no plano dos três Poderes clássicos fizeram com que a competência de cada um se alargasse, passando o Executivo a editar normas jurídicas dotadas de conteúdo das leis formais, o Legislativo a contribuir para a atuação ad-

ministrativa ao participar com maior ênfase da elaboração de políticas públicas e diretrizes orçamentárias, e o Judiciário a exercer em maior extensão a função jurisdicional, seja na tutela de novos direitos surgidos em decorrência do primado do social nas relações jurídicas – os direitos difusos e coletivos –, seja no papel de verdadeiro protagonista do processo constitucional assumido pelo juiz na interpretação da Constituição, seja em virtude do alargamento dos princípios jurídicos por esta instituídos.

Por isso é de suma importância a compreensão do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que, para efetivar o direito à saúde, não poucas vezes é necessário adentrar em temas de competência dos outros poderes, interferindo em suas decisões e escolhas. Todavia, a linha limítrofe desse princípio com a prestação do direito à saúde é bastante tênue. Essa invasão torna-se necessária, ao passo que o Poder Executivo e Legislativo se mantêm inertes em assuntos em que deveriam atuar ativa e instantaneamente, a fim de evitar lesão a direito.

Assim sendo, o Judiciário toma para si a responsabilidade de assegurar a consagração e tutela desses direitos inseridos na órbita de direitos fundamentais, a fim de promover o bem-estar social daquelas pessoas que não têm condições de prover o necessário para cuidados de sua saúde. Simplificando, se o direito à saúde não puder ser efetivado pelo Judiciário, simplesmente pela invocação do princípio da separação de poderes, e assim tiver que ser esperado interminavelmente pela atuação dos outros poderes, seja na formulação de leis ou criação de políticas públicas, corremos o risco de esse direito “ser transformado em mera retórica política, relegado ao descaso e à ineficiência da máquina pública.” (RIOS, 2013, p. 16).

Portanto, o Judiciário não pode simplesmente deixar de assegurar o direito a quem o pleiteia apenas com base no princípio da separação dos poderes, sob pena de macular o princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, pois esse princípio obriga o judiciário a apreciar a lesão ou ameaça a direito. Deve, portanto, agir com a finalidade de complementar a atuação dos outros poderes.

2.4 Dados do CNJ sobre a judicialização da saúde no Brasil

A carta magna de 1988 é uma norma que consagra os direitos fundamentais e sociais, sendo rica em princípios que garantem os direitos, entretanto, a efetividade é uma situação que pode ser questionada, principalmente em relação a direitos e garantias relacionadas à saúde, não sendo raras as situações em que existe a negação desses direitos, podendo-se perceber o descaso do Poder Público com o povo: hospitais cheios, falta de medicamentos e de atendimento. Diante disso, é indispensável recorrer ao Judiciário para solucionar esses litígios.

2.4.1 Dados processuais da judicialização da saúde nos Tribunais do Brasil

Diante do cenário demonstrado na referida pesquisa, a saúde é mais do que um direito social previsto na Carta Magna. Devido a sua importância, ela acaba sendo assunto de muitos conflitos políticos e judiciais, considerando-se que sua prestação depende da distribuição de recursos escassos

em uma sociedade complexa, assim como trazendo em consideração que nem sempre é definido em políticas públicas o que é prioritário e quem será o destinatário dessas prioridades. Diante disso, aflora a discussão em relação à judicialização da saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 13).

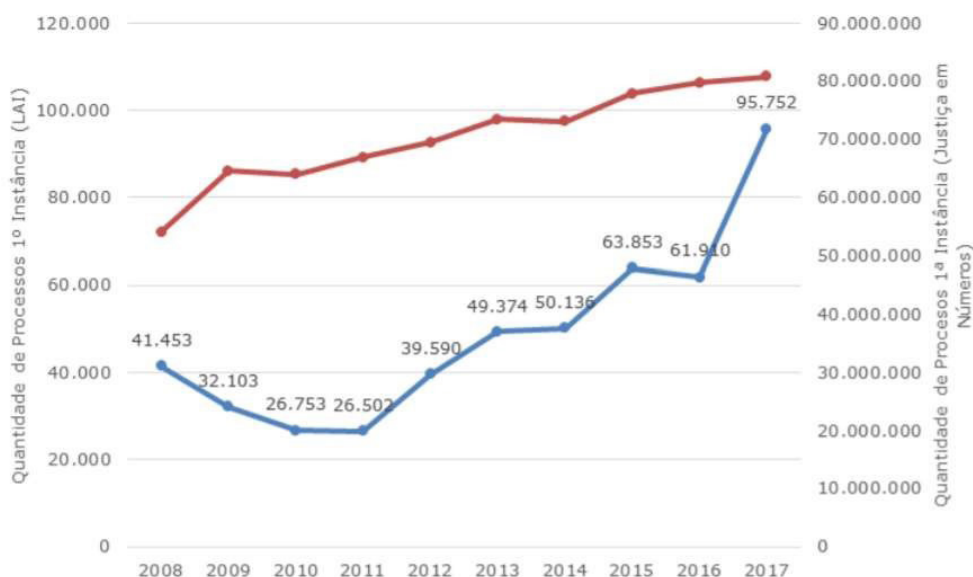
De acordo com dados do Ministério da Saúde, as despesas com processos judiciais aumentaram cerca de treze vezes nos últimos sete anos, alcançando o montante de R\$ 1,6 bilhão em 2016, número mais do que suficiente para impactar a política de compra de medicamentos, o grande objeto dos pleitos judiciais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 13).

Faz-se importante mencionar que o motivo dessas demandas na esfera do Sistema Único de Saúde origina-se na ineficiência do Poder Público, que não implementa os acordos firmados por políticas públicas de saúde, ou em razão de litígios individuais que solicitam procedimentos e tratamentos não constantes da política de saúde já estabelecida (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 14).

Conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em relação à judicialização da saúde no Brasil, em que se examinam perfil das demandas, causas e propostas de solução da judicialização, são identificados 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância distribuídos entre 15 tribunais estaduais, entre os anos de 2008 a 2017. Esses dados foram obtidos nos tribunais brasileiros por intermédio da Lei de Acesso à Informação.⁷⁴ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 45).

O Gráfico 1 demonstra que existe um crescimento de 130% nas ações referentes à saúde, entre os anos de 2008 e 2018.

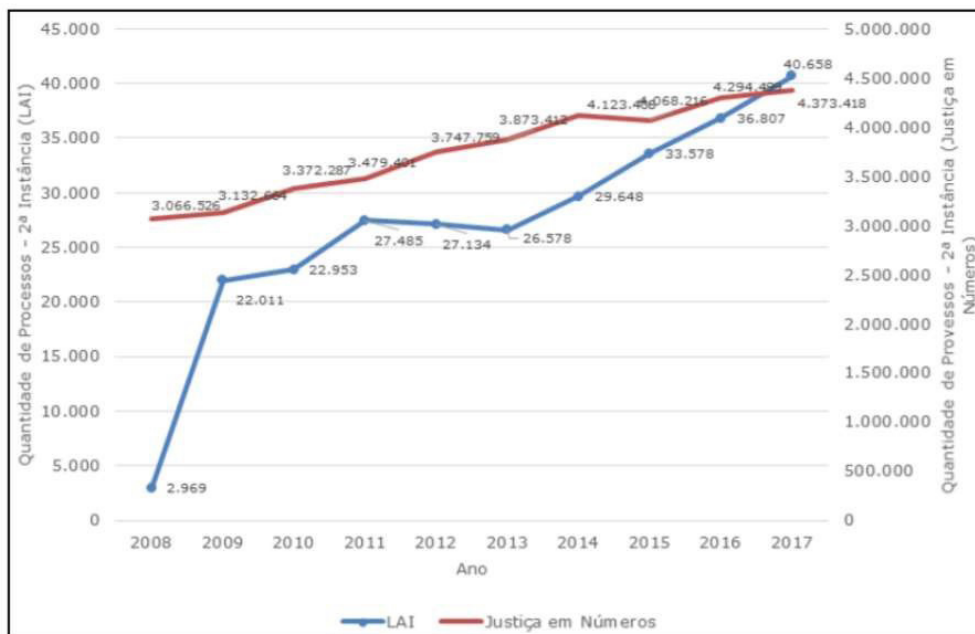
Gráfico 1 – Evolução número de processos de saúde distribuídos por ano (1ª Instância)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b, p. 46).

Referente aos processos de segunda instância averiguados conforme Gráfico 2, pode-se perceber que, em 2008, havia somente 2.969 processos, com um grande crescimento nos anos seguintes, passando de 20.000 processos. Com isso foi observado um aumento de cerca de 85% de demandas relativas à saúde.

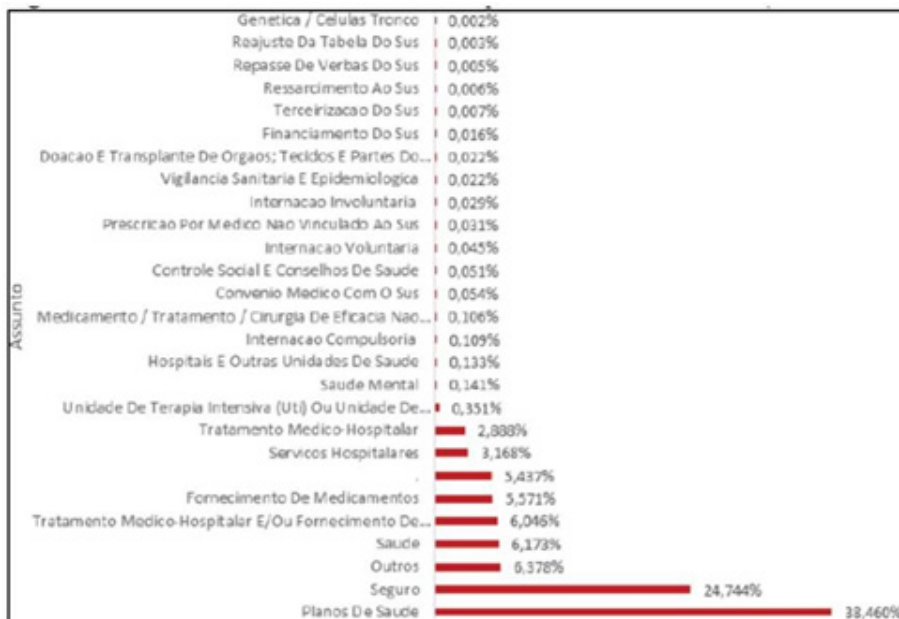
Gráfico 2 – Evolução no número de processos distribuídos por ano (2ª Instância)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b, p. 46).

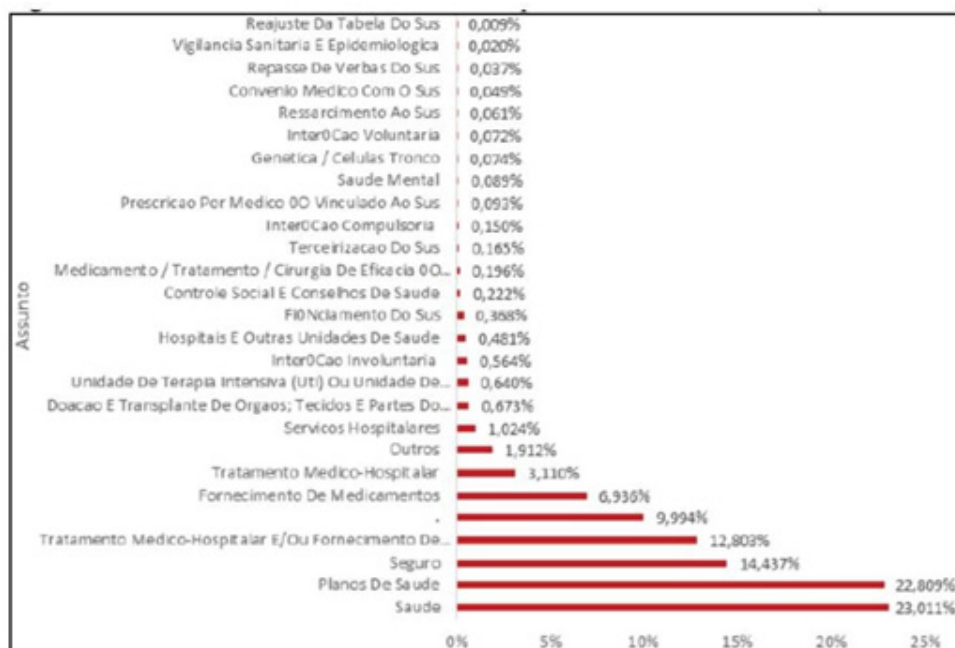
Conforme demonstrado nas Figuras 1 e 2, pode-se perceber que nos processos analisados em segunda instância, ou seja, quando se trata de recurso judicial, o assunto que se encontra mais emergente é o da “saúde”, vencendo o tema dos “planos de saúde” e “seguro”. Foi detectado pela pesquisa do CNJ para o maior índice de recursos nesse tema a necessidade de discussão e aprofundamento de pesquisas nesses assuntos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 47).

Figura 1 – Número de processos de saúde por assunto 2008-2018 (1ª Instância)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

Figura 2 – Número de processos de saúde por assunto 2008-2018 (2ª Instância)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

2.4.2 Decisões de Segunda Instância

Neste tópico, serão analisadas as decisões judiciais de segunda instância, em um total de 164.587 acórdãos, conforme a Tabela 1 apresenta a divisão dos acórdãos encontrados por tribunal, com a correspondente porcentagem no conjunto (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 47).

Tabela 1 – Acórdãos classificados como judicialização da saúde por tribunal

Tabela 1 – Acórdãos classificados como judicialização da saúde por tribunal

TRIBUNAL	NÚMERO ABSOLUTO ACÓRDÃOS	%
TJSP	80.355	48,82%
TJRS	33.131	20,13%
TJPR	9.193	5,59%
TJRJ	5.502	3,34%
TJDF	3.193	1,94%
TJRN	2.364	1,44%
TJPB	1.837	1,12%
TJPA	1.656	1,01%
TJAL	1.519	0,92%
TJCE	1.273	0,77%
TJSC	1.102	0,67%
TJES	1.008	0,61%
TJMG	583	0,35%
TJMS	463	2,81%
TJMT	399	0,24%
TJAC	384	0,23%
TJBA	356	0,22%
TJAM	261	0,16%
TJRO	44	0,03%
TJPI	33	0,02%
TJRR	21	0,01%
TRF4	15.731	9,56%
TRF1	9	0,01%
TRF5	3	0,00%
Total	164.587	100%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

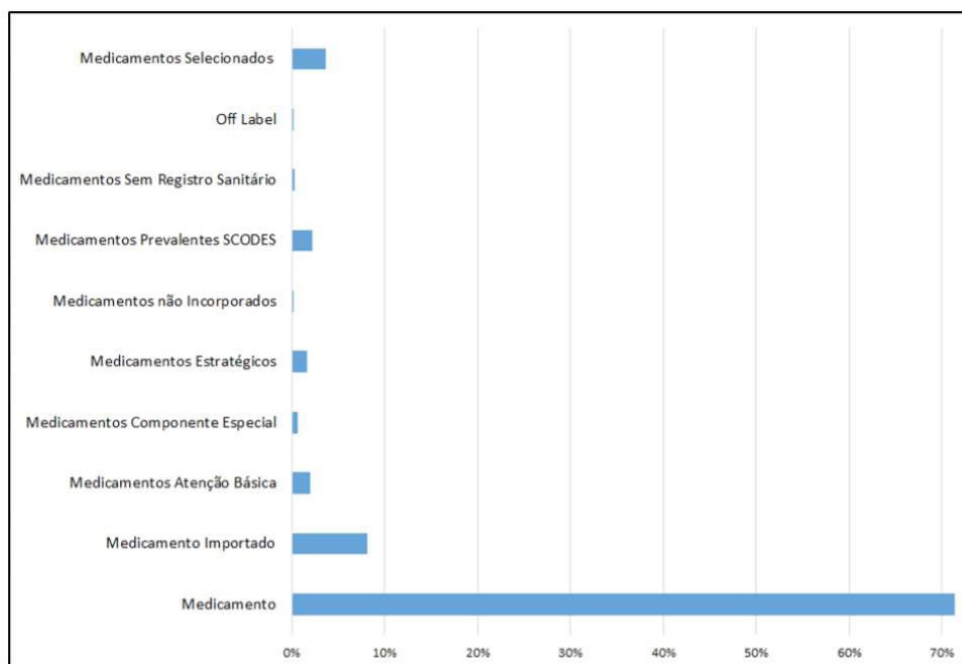
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

Outro ponto relevante na análise do fenômeno da judicialização da saúde é a relação entre as decisões judiciais e os instrumentos administrativos do sistema de saúde para definir os medicamentos disponíveis à população, ou seja, entre o Poder Judiciário e a formulação da política pública. Dessa forma, buscou-se identificar a menção, no conjunto de decisões em análise, à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC) e a seus protocolos. A comissão é responsável por indicar ao Ministério da Saúde quais tecnologias de saúde devem ser incorporadas ao sistema público e por definir os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, isto é, a relação entre as tecnologias de saúde e seu uso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 66).

Além disso, os tribunais desenvolveram mecanismos internos de análise técnica das demandas em saúde, os chamados Núcleos de Avaliação de Tecnologias da Saúde (NAT). Os NAT são instrumentos auxiliares de que podem dispor os magistrados em suas decisões e que fornecem subsídio técnico sobre as tecnologias em discussão. De forma semelhante à CONITEC e a seus protocolos, buscou-se assim também identificar a menção aos NAT no conjunto de decisões levantado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 79).

No mesmo sentido, destacam-se as demandas por medicamentos em segunda instância representadas pelo Gráfico 3 e o perfil socioeconômico dos demandantes de acesso a medicamentos, representado pela Tabela 2. Em suma, os dados informam a hipossuficiência econômica dos requerentes em alguns tribunais estaduais. Nesse sentido, destacam-se os demandantes de Santa Catarina (63%) e Mato Grosso (46,1%). A totalidade de 47 hipossuficientes entre os tribunais listados preconiza que pelo menos um quinto das demandas são procedentes de pessoas com vulnerabilidade econômica (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 79).

Gráfico 3 – Demandas por medicamentos do setor público em segunda instância



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

Tabela 2 – Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdão por tribunal

TRIBUNAL	REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA OU ADVOGADO DATIVO	JUSTIÇA GRATUITA	HIPOSSUFICIÊNCIA	INSUFISIÊNCIA DE TENDA
TJAC	1,8%	0,0%	15,4%	5,2%
TJAL	2,7%	0,1%	0,6%	0,4%
TJAM	9,2%	0,8%	21,5%	2,3%
TJBA	11,5%	0,3%	31,2%	2,0%
TJCE	7,9%	0,0%	7,9%	0,2%
TJDF	19,9%	0,7%	27,6%	10,3%
TJES	3,1%	0,0%	2,2%	0,1%
TJMG	21,4%	0,2%	28,3%	13,9%
TJMS	3,1%	0,0%	5,2%	0,6%
TJMT	40,6%	0,3%	46,1%	0,0%
TJPA	12,9%	0,7%	27,3%	11,7%
TJPB	10,8%	0,3%	31,6%	13,4%
TJPI	3,0%	0,0%	18,2%	15,2%
TJPR	0,1%	0,0%	1,2%	0,2%
TJRJ	32,4%	0,1%	36,4%	1,6%
TJRNC	9,6%	2,0%	25,0%	18,1%
TJRO	20,5%	0,0%	50,0%	0,0%
TJRR	19,0%	0,0%	14,3%	14,3%
TJRS	40,7%	0,1%	22,4%	10,4%
TJSC	25,1%	3,9%	63,0%	32,8%
TJSP	6,0%	0,3%	23,1%	2,8%
TRF1	33,3%	0,0%	0,0%	0,0%
TRF4	4,9%	0,8%	12,8%	0,8%
TRF5	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Total	14,0%	0,3%	20,8%	4,7%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

2.4.3 Demandas Judiciais na primeira instância

Em relação ao resultado das ações, pode-se relatar os resultados das ações extraídas da primeira instância para a justiça estadual de São Paulo, já que acórdãos não nos permitem mapear por palavras quais foram os interesses beneficiados pela decisão judicial. Como seria de se esperar, com base na vasta literatura sobre judicialização da saúde até o momento, a maior parte das ações ajuizadas são julgadas procedentes (74%), conforme Tabela 3 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b).

Tabela 3 – Resultado ações 1ª Instância – TJSP

IMPROCEDENTE	4,48%
PARCIALMENTE_PROCEDENTE	10,39%
PROCEDENTE	74,68%
EXTINTO	3,04%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

2.4.4 Liminares e Tutelas Antecipadas

A Tabela 4 traz uma síntese da distribuição anual das 188.146 decisões liminares identificadas nessa base. Nota-se que apenas 2,7% das liminares são anteriores a 2008 e que há significativo crescimento na última década, de modo consistente com as evidências colhidas nos dados sobre decisões finais em primeira e segunda instâncias. O ano de maior incidência de decisões liminares é 2015, tendo havido leve arrefecimento em 2016 e 2017.

Tabela 4 – Distribuição anual de antecipação de tutela

ANO	FREQ.	%	CUM.
1980 a 1997	234	0,05%	0,22%
1998	101	0,05%	0,27%
1999	138	0,07%	0,34%
2000	159	0,08%	0,43%
2001	183	0,101'	0,53%
2002	219	0,12%	0,64%
2003	218	0,12%	0,76%
2004	252	0,13%	0,89%
2005	451	0,24%	1,13%
2006	656	0,35%	1,48%
2007	923	0,49%	1,97%
2008	1.510	0,80%	2,77%
2009	2.516	1,34%	4,11%
2010	4.704	2,50%	6,61%
2011	9.965	5,30%	11,91%
2012	12.505	6,65%	18,55%
2013	24.029	12,77%	31,32%
2014	27.472	14,60%	45,93%
2015	32.851	17,46%	63,39%
2016	29.898	15,89%	79,28%
2017	27.225	14,47%	93,75%
2018*	11.764	6,25%	100,00%
Total	188.146		

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b, p.66).

Por meio de pesquisa por expressões regulares no conteúdo das decisões de antecipação de tutela, é possível identificar características relevantes dessa espécie de decisão. A Tabela 5 a seguir traz apenas os temas mais frequentes (notar que uma mesma decisão pode incluir vários temas) e mostra a frequência relativa de cada tema em casos relacionados ao sistema público ou não.

Tabela 5 – Temas predominantes nas tutelas antecipadas

TEMA	CLASSIFICADO COMO SISTEMA PÚBLICO?				TOTAL
	NÃO		SIM		
	N	%	N	%	
Dietas	23.194	60,57%	15.101	39,43%	38.295
Insumo ou materiais	23.298	59,63%	15.772	40,37%	39.070
Medicamentos	14.885	25,95%	42.479	74,05%	57.364
Procedimentos	37.179	53,62%	32.159	46,38%	69.338
Exames	37.166	44,72%	45.948	55,28%	83.114
Leitos	51.740	59,49%	35.234	40,51%	86.974
Órteses e próteses	49.704	45,81%	58.785	54,19%	108.489

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2019b).

2.4.5 Judicialização da Saúde no Distrito Federal

A SES/DF demonstra uma grande preocupação com a judicialização da saúde, sobretudo por conta da insuficiência de recursos para as demandas crescentes. Possui uma estrutura administrativa voltada para lidar com as ações judiciais, que é o Núcleo de Judicialização, lotado na Assessoria Jurídica Legislativa da Secretaria de Saúde do DF (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 102).

O problema da escassez de recursos humanos para lidar com a judicialização foi apontado também em outros estados, como na Bahia, por exemplo. Ter uma estrutura específica na SES para enfrentar a judicialização é algo importante, mas demanda também a transferência de recursos humanos para o novo setor (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 103)

A SES/DF tem sofrido com o sequestro de verbas por parte do Judiciário e vem sendo acusada de não cumprir sentenças com o intuito de ter suas verbas sequestradas, repassando ao paciente o ônus da aquisição do serviço ou medicamento demandado judicialmente. O gestor afirma que “não tem domínio dessa situação” e que não se trata de uma estratégia da gestão, mas sim de uma real dificuldade operacional de processar tantos pedidos judiciais sem que haja pessoal e tempo hábil para responder às demandas no prazo estabelecido pelo Poder Judiciário, sempre muito curto.⁸⁷

Importante salientar que o sequestro de verbas pelo Judiciário é prática que vem se tornando corriqueira no Judiciário brasileiro, mas bastante controversa juridicamente, inclusive com decisões do STF no sentido de limitar o uso indiscriminado desse instrumento jurídico, previsto no texto constitucional, no caso dos precatórios para casos específicos²⁵, e na Lei dos Juizados Especiais da

Fazenda Pública, (Lei n. 12.153/09), na hipótese do não fornecimento de medicamentos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 103).

O TJDFT ainda não tem vara especializada em saúde, e a falta de especialização aumenta o número de pedidos deferidos, especialmente quando os casos chegam ao tribunal em plantão judicial. A qualidade da decisão judicial depende de quem atua nos processos. Juízes mais experientes com a judicialização da saúde têm uma visão mais clara e consciente desse processo e seus dilemas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 103).

Nesse sentido, comentando suas próprias decisões, o coordenador do comitê aponta que suas decisões hoje são mais embasadas e, nesse sentido, muito diferentes daquelas no início do processo de judicialização. Muitas das questões já foram decididas pelos tribunais superiores e há um movimento de uniformização de jurisprudência. Os tribunais inferiores tendem a seguir o que é decidido nos tribunais superiores.

Ademais, hoje nem tudo que é pedido é deferido, mudança importante em razão do maior conhecimento que se tem sobre as questões judicializadas. No DF, a grande maioria dos pedidos judiciais são propostos pela Defensoria Pública. Isso muda para os casos de saúde suplementar, nos quais há maior participação de advogados privados. O Defensor Ramiro Santana é também membro do Fórum Nacional de Saúde do CNJ. Trabalha desde 2005 com ações como assistente no TJ/DF, e desde 2011 como Defensor Público. Para ele, a principal questão atinente à judicialização da saúde no DF diz respeito ao que ele chamou de “imbricamento entre Defensoria Pública e a gestão [SES/DF]” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 103).

Os próprios serviços de saúde encaminham pacientes para a Defensoria Pública quando não conseguem realizar alguns procedimentos ou compra de medicamentos. O encaminhamento judicial é uma forma de obrigar a SES a prestar serviços que a secretaria sabe que deveriam ser corriqueiramente prestados, mas não o são, por problemas no planejamento da política ou ausência de recursos para implementá-la adequadamente. Disse que a SES “já conta com a Defensoria Pública como parte do sistema [de saúde]” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p. 104).

2.4.6 Condicionantes estabelecidas pelo STF para a judicialização

Inúmeras são as ações impetradas no poder judiciário relativas à judicialização de políticas públicas, ou seja, a interferência do judiciário nas prerrogativas do legislativo e executivo, como objeto do presente papear, buscar-se-á, a apreciação do STF, na figura do voto do Ministro Celso de Mello, no agravo 175, que versa sobre a judicialização (BRASIL. Tribunal Superior Federal, s.d.).

De acordo com o Ministro, não cabe ao judiciário a possibilidade de formular ou implementar políticas públicas, haja vista que essa é uma atribuição exclusiva dos poderes legislativos e executivos. No entanto, ao judiciário cabe, mesmo que esporadicamente, a possibilidade de fazer implantar tais políticas, quando estas estão sendo negadas ou realizadas de forma a limitar a obtenção de direitos individuais ou coletivos, sendo que os entes responsáveis por tal implementação não o façam ou os realizem de forma a desprestigiar uma camada da sociedade. (BRASIL. Tribunal Superior Federal, s.d.).

De forma que se torna legítima a intervenção jurisdicional, no âmbito da judicialização da saúde, em razão da não apreciação pelo poder público que de direito não realiza suas prerrogativas estabelecidas pelo constituinte.

Com relação à medida da reserva do possível, foi observada claramente a investidura da utilização do direito financeiro como forma de reduzir as possibilidades da administração em implementar políticas públicas mais eficazes, sendo ilegítima a cobrança para aquele ente que não pode financiar essas prerrogativas.

No entanto, foi observado que não pode o ente federativo evocar o referido princípio para abster-se da responsabilidade da implementação de políticas para a saúde, salvo quando a ocorrência do justo motivo, objetivamente aferido, ou seja, quando houver uma justificativa plausível, sendo ao Estado negado o direito de utilizar tal justificativa dolosamente, com intuito de abster-se de suas responsabilidades constitucionalmente expressas.

Segundo o autor do voto, o Estado não pode se eximir de responsabilidade pela simples desculpa da ausência de recursos, e nem garantir um direito apenas no campo formal, e não implantá-lo na prática, por isso cabe sim ao Estado proporcionar a seus cidadãos mecanismos que versam sobre uma real implantação de políticas eficazes e ativas como forma de ratificar a vontade do constituinte e absorver as formas expressas pela Constituição, que lhe atribuiu direitos e deveres, não sendo a este apreciada a vontade de pura e simplesmente recusar-se a implementar tais políticas por recusa e observação dolosa da reserva do possível (BRASIL. Tribunal Superior Federal, s.d.).

Outro ponto importante na observação do voto do ministro está na proibição do retrocesso, a possibilidade de perda efetiva de garantias, previamente estabelecidas, como forma de aprimorar as condições de dignidade da pessoa humana, ou seja, garantir que os pleitos conquistados com lutas históricas venham a ser sanados por meras ilustrações ou irresponsabilidades de gestores, ou inobservância, ou desprezo por normas garantidoras de direitos possam ser subjugadas ou até mesmo desprestigiadas por mera conveniência pública, seria o mesmo que admitir um retrocesso de conquistas históricas. (BRASIL. Tribunal Superior Federal, s.d.).

Assim sendo, não pode o poder público abster-se da realização de políticas eficientes, ou deixar de prover o direito constitucional apresentado no artigo 196º da Constituição Federal, por simplesmente impor um obstáculo técnico ou um impedimento relativo a recursos financeiros, se por descaso ou irresponsabilidades de gestores.

É vedado à administração pública omitir-se de sua responsabilidade constitucionalmente atribuída sob pena de incorrer em inegável ilegalidade e descumprimento de preceitos constitucionais, interpostos pelas respectivas normas, no caso apresentado, o direito à saúde.

Nesse cenário, não se pode deixar de reconhecer que o surgimento e o fortalecimento das Defensorias Públicas emergem como fatores fundamentais para o reconhecimento de tais direitos, e principalmente do direito à saúde, uma vez que o cidadão pobre agora detém a prerrogativa de suplantar os percalços econômicos que lhe são inerentes na busca da efetivação judicial de seus interesses.

Dadas essas razões, não se pode admitir, desse modo, que a judicialização do direito à saúde seja encarada apenas em seu aspecto negativo, fruto do descumprimento reiterado de preceitos

constitucionais, mas também como reflexo do amadurecimento do Poder Judiciário, de instituições sociais e da própria noção de cidadania, permitindo que a própria ideia da democracia não esteja exaurida apenas em seu aspecto formal ou meramente através do sufrágio.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por ser de suma importância, no texto constitucional, a saúde veio embasada como um direito social. Além disso, instituiu o Sistema Único de Saúde descentralizado, dando maior autonomia para os entes, garantindo a participação social, estabelecendo o direito da população de participar por meio da gestão participativa.

O Sistema Único de Saúde, inaugurado pela Constituição Federal, foi criado no intuito de garantir à população carente remédios e tratamentos dos quais essa população necessita. Apesar de ser um sistema descentralizado e com autonomia pelos entes, faz-se falho quando se busca tratamento de saúde na rede pública, conforme se pode constatar nos grandes veículos da mídia.

Em resposta a essa dificuldade, o cidadão busca o judiciário, para que os Magistrados atuem como gestores das políticas públicas, mesmo sem terem condições para tais controvérsias. No caso concreto, apesar de poder buscar por vias judiciais o direito à saúde, vislumbra-se que a obrigação de assistir a população não vem sendo cumprida de maneira adequada e eficiente, por isso se faz necessário avaliar o impacto dessa atuação ponderando os interesses das partes envolvidas.

Ao pleitearem remédios de alto custo, ou não registrados conforme os protocolos, por diversas vezes o Estado tem que buscar recursos com o fim de atender à demanda do cidadão que busca o judiciário para obter o tratamento, e nesses casos é imprescindível que sejam estabelecidos critérios no momento de proferir a decisão.

Verifica-se que o problema da saúde no país está longe de ser solucionado, pois o Estado, como garantidor do direito à saúde, tem o dever de desenvolver e executar políticas públicas de saúde eficazes e abrangentes que consigam resolver os anseios da população que vê os direitos subjetivos nelas previstos. O aumento da judicialização da saúde se dá, muitas vezes, pelo fato de se terem estabelecidos critérios e falta de conhecimento técnico, e nessa seara, acaba que o Magistrado julga as ações proferindo decisões errôneas.

A falha encontrada em prestar o direito à saúde é uma das causas mais expressivas quando se busca judicializar, pois, ao buscar o objetivo de seu direito, se porventura esse direito é negado ou de forma ineficaz, a falha para esse direito dentro dos princípios e das normas constitucionais é encontrada no viés do judiciário.

Ao formalizar o princípio da integralidade o poder público deve atuar, garantindo o fornecimento de um conjunto de ações como forma de garantir a efetividade, trazendo políticas públicas voltadas para a área da saúde, já que as investidas do judiciário não buscam nada além da cobertura de normas constitucionais, como a relativa ao direito à saúde.

A judicialização é um fenômeno jurídico que surgiu pelo fato de o Estado garantidor ser omisso ou insuficiente em garantir o direito à saúde, trazendo ao cidadão que se sinta afetado a conquista de seus direitos. Contudo, faz-se necessário buscar medidas pra frear essas ações que trazem aos

cofres públicos gastos exorbitantes, e para tanto o poder público deverá proporcionar à população serviços preventivos com a assistência farmacêutica e os serviços hospitalares de qualidade.

No intuito de compreender tal realidade, o primeiro capítulo desta pesquisa abordou os aspectos teóricos e jurisprudenciais relacionados ao tema proposto. Assim, foi possível relacionar que os preceitos constitucionais, legais e jurisprudenciais representam a base necessária para legitimar o poder judiciário a promover o direito à saúde sem observar os limites propostos pelo Estado, ou seja, a previsão orçamentária.

Nos capítulos seguintes foi abordada a deficiência no fornecimento de medicamentos, tendo em vista que a carência da população não é suprida, assim há de se buscar o judiciário visando ao cumprimento da tutela por parte do Estado, de maneira que ele cumpra com o seu dever de garantidor.

Deve-se ter em mente que, ao se buscar a judicialização da saúde, se pleiteiam medicamentos, leitos, próteses e afins, além da medicina curativa. Foi debatido a respeito dos princípios que limitam a judicialização da saúde, e com base nesses princípios, o melhor modo de fazer o bom uso dos recursos públicos é implantar políticas públicas de qualidade voltadas para a saúde reduzindo as desigualdades, pois as demandas que abarrotam o judiciário são individuais.

Aduz-se, através de dados do Conselho Nacional de Justiça sobre a judicialização da saúde, que os efeitos são positivos. No ano vigente foi designado que, embora a saúde seja de cunho constitucional, a assistência à saúde é solidária entre os entes da Federação, quando for negligenciado o cumprimento de suas obrigações, haja vista o grande impacto financeiro trazido por essas demandas aos cofres da União.

Ao longo do trabalho, foi demonstrado que o poder público deverá atuar buscando meios eficazes com o propósito de atender à população com o aumento dos repasses, pois esse é um dos meios de organizar o caos em que se encontra a saúde, e o direito da população de participar do Sistema Único de Saúde significa a responsabilidade entre o estado e a sociedade civil na produção de saúde, mostrando assim que, ao juntar forças, a qualidade na prestação se faz melhor.

Em questão foram tratados nesta referida Monografia alguns enunciados do CNJ que se referem ao direito à saúde, e os mesmos trouxeram pontos importantes ao tema, dentre eles os enunciados 06 e 09, os quais destacam a importância do judiciário de não determinar o fornecimento de fármacos ainda não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou em fase experimental, isso com ênfase em assegurar o acesso à população aos medicamentos seguros, eficazes, seguros e com custos acessíveis.

Após análise, foi confirmada que, após esforços do Supremo Tribunal Federal no sentido de buscar soluções ou tentar amenizar a tensão existente entre os operadores do Direito e os gestores da saúde, a corte reconhece o que prevalece no artigo 196 da Constituição Federal no que se refere aos limites financeiros do Estado.

Devido ao grande número de processos existentes no Brasil no tocante à saúde em demandas individuais, ao se buscar a tutela jurisdicional, o estado precisa dar uma resposta, e o que se discute é até que ponto o judiciário pode intervir nas questões que envolvem o Estado. E ao considerar que, ao não obter o êxito do qual se pleiteia no âmbito administrativo, a ação venha a ser ajuizada, deve o juiz conferir um tratamento eficaz ao autor quando se ativer a impactar o menos possível os cofres públicos.

Nesse sentido, conclui-se que, ao ministrar políticas públicas com o fim de combater a judicialização da saúde, o intuito é buscar reduzir os casos que chegam ao judiciário, utilizando técnicas próprias em conjunto com profissionais qualificados para tal fim.

Considerando que a busca pelo judiciário mostra-se legítima para conceder o acesso aos beneficiários do serviço da saúde pública, apesar de não ser o meio previsto pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça também podem exercer pleno controle das demandas contra o Sistema Único de Saúde por meio de sua jurisprudência.

Nesse sentido, vale mencionar que o cidadão que busca o judiciário espera que o Estado resolva de forma eficaz a sua necessidade, muitas vezes com certa agilidade, e isso realmente não ocorre, deixando a pessoa decepcionada por não ter a sua demanda resolvida. Há casos em a espera é tão longa que o necessitado vem a óbito, e a família não consegue resolver o imbróglio.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Lígia. *O sistema de saúde brasileiro entre normas e fatos: universalização mitigada e estratificação subsidiada*. 2018. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/is_digital/is_0309/pdfs/IS29\(3\)083.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/is_digital/is_0309/pdfs/IS29(3)083.pdf). Acesso em: 22 out. 2019.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da Reserva do possível*; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 57.

BARROSO, Luiz Roberto. *É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?* (s.d.) Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br/novo conteudo4079>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Uberaba: *Revista Jurídica UNIJUS*, 2017. p. 17.

BRASIL. *ADPF 45 MC/DF*. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 04 mai. 2004.

BRASIL. *Constituição Federal*. 05.10.1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp 625329 / RJ, Relator Min. Luiz Fux, DJ 23.08.2004.

BRASIL. *Tribunal Superior Federal*. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. (s.d.). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2018.

CEBES. *Judicialização da Saúde: mais de 240 mil processos tramitam na Justiça*. Disponível em: [ttp://www.cebes.org.br/verBlog.asp?idConteudo=1356&idSubCategoria=56#comentar](http://www.cebes.org.br/verBlog.asp?idConteudo=1356&idSubCategoria=56#comentar). Acesso em: 10 jul. 2020.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 288f. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. 2019a. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comiteestadual-de-saude-rj/wp-content/uploads/sites/52/2018/12/enunciados-da-i-ii-e-iii-jornadasde-direito-da-saude-do-cnj.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Analítico Propositivo*. Justiça Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. Brasília: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatoriojudicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

COSTA, Ana Cristina Brasil Monteiro. *Breves notas acerca do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no regime jurídico administrativo brasileiro*. Teresina: Jus Navigandi, ano 15, n. 2677, out. 2010. p. 133.

DALLARI, D. de A. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: 2016.

FARENA, Duciran. *A judicialização da Saúde*. 20 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.prpb.mpf.gov.br/artigos/artigos-procuradores/a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FERRAZ, Luiz Octávio Mota. *Cad. Saúde Pública* vol. 25 n. 8. Rio de Janeiro Aug. 2009 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GUEDES, Juliana Santos. *Separação dos poderes? O poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil*. [s.l, s.n, s.d]. p. 18.

HUMENHUK, Hesterston. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. p. 15. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

LUTOSA, Jorge Carlos Silva. *A legitimidade do poder normativo das agências reguladoras: Análise a partir do princípio constitucional da separação de poderes*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2012.

MARQUES, S. B; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, 2018.

MC 11120. RS. *Medida Cautelar 2006/0018436-5*. Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado (1105). Data do Julgamento 18/05/2006. Disponível em: <http://>

www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=25&idmodelo=3481>. Acesso em: 14 jul. 2020.

MENELLI, Nádia Lorenzoni. *Direito à saúde pública: a garantia do acesso ao Sistema Único de Saúde*. Linhares: Unilinhares, 20018, p. 45.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil. (s.d.). Disponível em: <http://saude.gov.br/saude-de-a-z/renome>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil. 2014. Disponível em: <https://sinus.org.br/2014/wpcontent/uploads/2013/11/OMS-Guia-Online.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27.ed.rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 451.

NUNES, A. S.; ALAPANIAN, S. *O uso do princípio da reserva do possível e a política de saúde*. Londrina: [s.n.], 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/7582/6666>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 20.

OLIVEIRA, J. A. A.; TEIXEIRA, S. M. F. *(Im)previdência social: 60 anos de história da Previdência no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 17.

ORDACGY, André da Silva. *Audiência de Saúde Pública, promovida pelo Supremo Tribunal Federal*, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jul. 2020.

PACHECO, Carlos Olavo. A Judicialização da saúde no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 21. n. 10. 2018, p. 56.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. Porto Alegre. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, 2009. p. 08.

RIOS, Thiago Meneses. O conflito entre o princípio da separação dos poderes e a judicialização da saúde. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013, p. 15. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13687. Acesso em: 15 jul. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de doutrina da 4ª região*, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008. p. 16. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 14 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCAPINELLI, A.; DEINA, F. R.; JUNIOR, D. D. V.; VALADÃO, F. C. A.; PEREIRA, L. B. *Sistema radicular e componentes produtivos do girassol em solo compactado*. Bragantia, v. 75, n. 4, 2016. p. 474-486.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis* [online]. 2007, vol.17, n.1, p.29-41. ISSN 0103-7331. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 85.

SILVA, Leny Pereira da. *Direito à Saúde e o princípio da reserva do possível*. s.d. p. 411. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_a_SAUDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.



Universidade Corporativa Anadem

Central de Atendimento 24 horas: 0800-61-3333

SHS Quadra 02 - Bloco J - Sala 103 - CEP 70322-901 - Mezanino - Brasília (DF)

www.anadem.org.br

 @anademoficial  /anademoficial