

REVISTA DE

DIREITO

MÉDICO E DA SAÚDE

nº 27

Doutrina
Legislação
Jurisprudência



ANADEM 25
anos

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

REVISTA DE
DIREITO
MÉDICO E DA SAÚDE
nº 27

Conselho Editorial

Coordenador

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas

Membros

André Gonçalo Dias Pereira

André Luís Alves Nigre

Camila Vasconcelos

Eduardo Dantas

Gustavo Borges

Igor Mascarenhas

Lívia Callegari

Luciana Dadalto

Marianna Chaves

Miguel Kfourri Neto

Nelson Rosenvald

Oswaldo Simonelli

Rafaella Nogaroli

Rosa Amélia Andrade Dantas

Colaboradores desta edição

Eduardo Dantas

Eduardo Dantas Filho

Gabriela Bolzan Souza

Isabella Martins Bueno

Janaína Rigo Santin

Kamila Henning Rossato da Costa

Marianna Vial Brito

Ronaldo Souza Piber

Vagner Ferreira do Nascimento

ANADEM 25 anos

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOTÉCNICA



Palavra do Presidente

Com muita honra, chegamos à 27ª edição da Revista de Direito Médico e da Saúde, contando sempre com o apoio institucional da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde (Apedimes) e do Capítulo Brasileiro da Asolademe (Asociación Latinoamericana de Derecho Médico).

A Anadem (Sociedade Brasileira de Direito Médico) e a UCA (Universidade Corporativa Anadem) têm consciência da sua importante missão de publicar um periódico científico voltado exclusivamente às áreas do direito e da medicina, principalmente quando considerada a necessidade de refletirmos constantemente sobre as rápidas transformações globais e sobre como nos posicionaremos como cidadãos e profissionais diante delas. Amparados pelo Conselho Editorial, coordenado pelo Dr. Eduardo Dantas, disponibilizamos, semestralmente, doutrinas, jurisprudências, legislações, entre outros assuntos, para estudantes, profissionais e pesquisadores de todo o Brasil.

Nas próximas páginas, serão abordados temas como segurança e dignidade do paciente; telemedicina; influência das fake news e da fé na medicina; aumento da judicialização; relevância da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais); e importância do consentimento informado e do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) na responsabilidade civil e na ética médica. Essa variedade de conteúdos, além de enriquecer a Revista, pode inspirar o leitor a se aprofundar nos assuntos ou a buscar outros tantos que ainda necessitam de análises e de estudos.

Aos articulistas, que sempre apresentam trabalhos de excelência, nosso franco agradecimento. Quando compartilham seus conhecimentos, reiteradamente apontando para o caminho da ética e da justiça, contribuem para os avanços na área de Direito Médico e da Saúde.

Boa leitura!

Brasília, junho de 2023.



Raul Canal

Presidente da Anadem

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

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

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

Distribuída em todo o território nacional.

Coordenador do Conselho Editorial **EDUARDO DANTAS** editor-chefe **ANDREW SIMEK** (DRT 10484/DF) revisão **ANDREW SIMEK, CLAUDIA SOUZA, ISABELLA QUEIROZ, CAMILA GONZALEZ** e **ENZO BLUM** (DRT 13356/DF) diagramação **ANGELO GABRIEL** coordenação de projeto gráfico e diagramação **VEM MAIS EDITORAÇÃO LTDA.** impressão **GRÁFICA POSITIVA** tiragem **200 EXEMPLARES** contato revistadedireitomedico@anadem.org.br.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE: doutrina, legislação, jurisprudência.
Brasília: VEM MAIS EDITORAÇÃO, n. 27. jun. 2023. 172p.

ISSN 1983-411XE

1. DO EQUÍVOCO JURISPRUDENCIAL REFERENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. 2. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA IMPORTÂNCIA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. 3. PANDEMIA, MEIO AMBIENTE DIGITAL E AMPLIAÇÃO DO USO DA TELEMEDICINA NO BRASIL: UM OLHAR SOB O VIÉS DA BIOÉTICA. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA MÉDICA: PARTO E TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO. 5. FALHAS NA RELAÇÃO PROFISSIONAL-PACIENTE COM GERAÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS EM SÃO PAULO: CONSENTIMENTO INFORMADO. 6. OS ASPECTOS GERAIS DA APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NA SAÚDE. 7. ENTRE CRENÇAS E CURAS: A INFLUÊNCIA DAS FAKE NEWS E DA FÉ NA MEDICINA.

Editorial

A ERA DA CONVERGÊNCIA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES NO DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

Caros leitores,

É com grande entusiasmo que trazemos a vocês a mais recente edição da Revista de Direito Médico e da Saúde. À medida que adentramos em uma nova era de avanços tecnológicos e de transformações sociais, somos confrontados com desafios e oportunidades únicas no campo do Direito Médico e da Saúde. A pandemia, que varreu o mundo desde 2020, evidenciou as fragilidades de nossos sistemas de saúde e nos obrigou a repensar a forma como prestamos cuidados médicos. Neste volume, mergulhamos em questões prementes e emergentes, que moldam a interseção entre a medicina, o direito e a ética.

Os primeiros artigos desta edição abordam as implicações jurídicas e éticas do equívoco jurisprudencial na responsabilidade civil em cirurgia plástica estética, bem como a importância das Diretivas Antecipadas de Vontade na relação médico-paciente. Através dessas análises, somos convidados a refletir sobre as melhores práticas e como garantir a segurança e a dignidade dos pacientes em todas as áreas da medicina.

Além disso, exploramos os efeitos da pandemia no ambiente digital e a ampliação do uso da telemedicina no Brasil. Sob a perspectiva da bioética, examinamos o impacto dessas mudanças na relação entre médicos e pacientes, do mesmo modo que as implicações éticas que surgem nesse contexto. Também abordamos a importância do consentimento informado e do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) na responsabilidade civil e na ética médica, particularmente no contexto do parto.

A crescente judicialização das relações profissional-paciente é outro tema de destaque nesta edição. Analisamos as falhas na relação profissional-paciente que resultam em ações judiciais em São Paulo, com um enfoque específico no consentimento informado. Exploramos como promover uma comunicação eficaz e uma relação de confiança entre médicos e pacientes, a fim de evitar conflitos que levem à judicialização.

Em meio a todas essas discussões, não pudemos deixar de lado a influência das fake news e da fé na medicina. Investigamos como esses elementos impactam a prática médica e as decisões clínicas, apresentando desafios éticos e jurídicos, que devem ser enfrentados.

Por fim, destacamos a importância da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) na área da saúde. Com a crescente digitalização das informações médicas, exploramos os aspectos gerais dessa Lei e suas implicações legais e éticas na proteção dos dados dos pacientes.

Agradecemos sinceramente a todos os autores que contribuíram para esta edição com seu conhecimento e sua dedicação. Seus artigos são reflexões profundas e fundamentadas, que enriquecem nosso entendimento e abrem novos caminhos para a prática do Direito Médico e da Saúde.

Que esta edição seja uma fonte de inspiração e incentivo para todos nós, à medida que navegamos nas águas turbulentas do progresso e buscamos equilibrar a inovação com a ética, a justiça e a dignidade humana. Desejamos a todos uma leitura estimulante e frutífera.

Com os melhores cumprimentos,

Brasília, junho de 2023.



Eduardo Dantas

**Coordenador do Conselho Editorial da
Revista de Direito Médico e da Saúde**



ANADEM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

Presidente **RAUL CANAL**

Vice-presidente **RODRIGO CANAL** vice-presidente de segurança do paciente e riscos assistenciais **LUIS FLÁVIO CARVALHAIS** vice-diretoras jurídicas e conselheiras fiscais **ERICA LIRA** e **YUKARY NAGATANI** diretora financeira **IONE MEDEIROS** diretor comercial **ALEXANDRE LEMOS** vice-diretora comercial **VIVIANI SAMPAIO** diretora administrativa **PALOMA FURTADO** diretora de estudos e pesquisas da Universidade Corporativa Anadem (UCA) **DANIELA FRANCO BUENO** diretor de gestão e planejamento estratégico **JOSÉ RAMALHO** diretor de compliance e conselheiro fiscal **JOSÉ LIRA** diretor de comunicação **ANDREW SIMEK** diretor de projetos especiais **JOSÉ MAURO** diretor comercial do Cirurgia Segura **LUIS VARGAS** diretor de segurança do paciente **MAURÍCIO SANTOS FERREIRA**.

Sumário

Doutrinas

1. Do equívoco jurisprudencial referente à responsabilidade civil em cirurgia plástica estética
Eduardo Dantas 13
2. As Diretivas Antecipadas de Vontade e sua importância na relação médico-paciente
Eduardo Dantas Filho 37
3. Pandemia, meio ambiente digital e ampliação do uso da telemedicina no Brasil: um olhar sob o viés da bioética
Gabriela Bolzan Souza e Janaína Rigo Santin 77
4. Responsabilidade civil e ética médica: parto e Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
Isabella Martins Bueno 91
5. Falhas na relação profissional-paciente com geração de ações judiciais em São Paulo: consentimento informado
Ronaldo Souza Piber e Vagner Ferreira do Nascimento 115
6. Os aspectos gerais da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) na saúde
Kamila Henning Rossato da Costa 127
7. Entre crenças e curas: a influência das fake news e da fé na medicina
Marianna Vial Brito 143

DO EQUÍVOCO JURISPRUDENCIAL REFERENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

JURISPRUDENCIAL MISCONCEPTION REGARDING CIVIL LIABILITY IN AESTHETIC PLASTIC SURGERY

Eduardo Dantas¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Definições conceituais. 3. O posicionamento das doutrinas nacional e estrangeira. 4. O posicionamento dos tribunais. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: Dentre os persistentes equívocos jurisprudenciais relativos à percepção da atividade médica, um dos mais nocivos é o que desconsidera a aleatoriedade das intervenções cirúrgicas e a impossibilidade de garantir resultado, por mais simples ou indicado que seja o procedimento. O presente estudo tem por objetivo discutir a impossibilidade de considerar como de resultado a obrigação do cirurgião plástico que se propõe a realizar intervenções estéticas e as suas consequências no manejo da responsabilidade civil a ela associada, ressaltando a necessidade de modificar o entendimento, adequando-o à realidade médica e aos elementos cientificamente comprovados.

Palavras-chave: Cirurgia plástica. Responsabilidade subjetiva. Dever de informar.

Abstract: Among the persistent jurisprudential mistakes regarding the perception of the medical activity, one of the most harmful is the one that disregards the randomness of surgical interventions and the impossibility of guaranteeing results, no matter how simple or indicated the procedure is. The present study aims to discuss the impossibility of considering as a result the plastic surgeon's obligation to perform aesthetic interventions and its consequences in the management of civil liability associated with it, emphasizing the need to modify the understanding, adapting it to the medical reality and scientifically proven elements.

Keywords: Plastic surgery. Subjective responsibility. Duty to inform.

1. Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995); Especialista em Direito de Consumo pela Universidad de Castilla-La Mancha (2001); Mestre em Direito Médico pela University of Glasgow (2007); Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Ex-vice-presidente e membro do Board of Governors da World Association for Medical Law; Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia de Pernambuco; Autor dos livros *Direito Médico* (Editora GZ, 2009), *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010), *Droit Médical au Brésil* (Editora GZ, 2013); *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida* (Editora GZ, 2018); e *Contemporary Issues in Medical Law* (Editora GZ, 2018); Autor de diversos artigos publicados no Brasil, Portugal, Israel, EUA, Polónia, República Checa e França; Ex-Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Gestões 2013/2015 e 2016/2018); Ex-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Fundador e Ex-Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/AL; Membro honorário do grupo de pesquisas "Direito da Saúde e Empresas Médicas", do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, sob coordenação do professor Miguel Kfourri Neto; Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico; Membro fundador e ex-presidente da Comissão Diretiva da ALDIS – Associação Lusófona de Direito da Saúde; Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família; Membro do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil; Vice-Presidente da Comissão Nacional de Direito Médico da Associação Brasileira de Advogados - ABA; Membro do Conselho Editorial da *Medicine & Law Journal*, revista da World Association for Medical Law; e Coordenador do Conselho Editorial da *Revista de Direito Médico e da Saúde*. Contato: eduardodantas@eduardodantas.adv.br.

1. INTRODUÇÃO

A cirurgia plástica é uma especialidade médica que tem como objetivo restaurar ou melhorar a aparência e/ou a função de uma parte do corpo humano. Essa especialidade é composta por duas vertentes principais: a cirurgia plástica reconstrutiva e a cirurgia plástica estética. A cirurgia plástica reconstrutiva tem como objetivo reconstruir alguma parte do corpo que sofreu deformidades, defeitos congênitos, traumas ou lesões, como queimaduras e câncer de pele. Ela pode incluir procedimentos como a reconstrução de mamas, reparação de lábio leporino (fissura labiopalatina) e fenda palatina e reconstrução de partes do corpo após a retirada de tumores, entre outros. Já a cirurgia plástica estética é aquela que busca melhorar a aparência física do paciente, sem necessariamente ter uma finalidade médica ou funcional. Ela pode incluir procedimentos como a rinoplastia (cirurgia do nariz), a abdominoplastia (cirurgia da barriga), a lipoaspiração (remoção de gordura localizada), a mamoplastia de aumento (colocação de prótese mamária), entre outros.

Ambas as vertentes da cirurgia plástica exigem uma formação médica específica e um alto nível de habilidades técnica e artística por parte do cirurgião plástico. Além disso, é importante que o paciente esteja ciente dos riscos e dos benefícios de cada procedimento e que escolha um profissional qualificado e experiente para realizar a cirurgia.

No campo do Direito Médico, a cirurgia plástica assume lugar de destaque, uma vez que a incidência de processos versando sobre tal especialidade assume proporções desmedidas, sendo digna de nota a quantidade de cirurgiões plásticos que sofrem ou já sofreram questionamentos judiciais à sua prática profissional.

Não bastasse, o Brasil é um dos países onde mais se realizam procedimentos estéticos pela cirurgia plástica, sendo necessário estabelecer conceitos jurídicos – em nome da estabilidade e da segurança – que estejam em consonância com os aspectos técnicos dos procedimentos realizados, especialmente em se tratando de uma atividade que não se traduz em uma ciência exata, na qual múltiplos fatores influenciam em seu resultado.

O cirurgião plástico pode ser responsabilizado civilmente por diversas situações decorrentes de sua atuação profissional. Alguns dos principais motivos geradores de responsabilização civil para o cirurgião plástico incluem:

- Erros na realização da cirurgia: o cirurgião plástico pode ser responsabilizado caso cometa erros durante a realização da cirurgia, como a utilização inadequada de instrumentos cirúrgicos e a realização de cortes em locais errados, entre outros;
- falhas na obtenção do consentimento informado: antes de realizar uma cirurgia, o cirurgião plástico deve obter o consentimento informado do paciente,

informando sobre os riscos e os benefícios do procedimento. Caso não seja obtido um consentimento adequado, o cirurgião plástico pode ser responsabilizado pelo incumprimento do dever de informar; e

- falta de habilidade técnica ou negligência: o cirurgião plástico deve possuir a habilidade técnica necessária para realizar a cirurgia, além de seguir os padrões de segurança e de higiene exigidos.

Todavia, estão a surgir demandas judiciais buscando indenização em virtude de motivos outros, que incluem (mas não se restringem a):

- Resultados insatisfatórios: a cirurgia plástica, especialmente a estética, tem como objetivo melhorar a aparência do paciente, e esse resultado é altamente subjetivo, muitas vezes se buscando uma inexistente responsabilização, uma vez que a percepção do paciente é obviamente prejudicada por eventuais transtornos dismórficos ou psicológicos que possua com relação a sua própria imagem; e
- complicações pós-operatórias: após a cirurgia, podem ocorrer complicações como infecções, sangramentos e rejeição de próteses, entre outras.

São hipóteses que, mesmo indesejadas, mostram-se presentes na literatura especializada e que fogem ao controle do esculápio, uma vez que independem de sua capacidade técnica, da diligência empregada e mesmo da utilização dos melhores e mais modernos centros cirúrgicos e equipamentos disponíveis.

Muito se discute na doutrina nacional, quando se trata da natureza jurídica da obrigação médica, sobre obrigação de meio e obrigação de resultado. É consenso que a atividade médica é considerada uma obrigação de meio, ou seja, que o exercício da medicina não promete cura, mas, sim, tratamento adequado, segundo as normas de prudência, de perícia e de diligência e o padrão de conduta ético e comprometido por parte do profissional em favor da melhora de seu paciente.

Isso 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 as expectativas mais prováveis. Enfim, além da resposta de cada organismo ser única (embora sejam esperados determinados padrões de resposta), ainda se encontra a intervenção médica sujeita ao acaso, ao infortúnio, à força maior. Por essas e mais outras tantas razões, a atividade médica não se sujeita a um comprometimento com o resultado, mas, sim, ao dever de diligência.

Todavia, temos visto a repetição – por vezes irrefletida – de que, dentre as exceções a essa regra, encontrar-se-ia a cirurgia plástica com finalidade estética – ou desprovida

de finalidade terapêutica. Essa seria considerada uma obrigação de resultado, implicando comprometimento do cirurgião com o êxito satisfatório de sua intervenção.

Em princípio, “êxito satisfatório” pode parecer redundante. Não o é, todavia, neste caso, dado o alto grau de subjetividade envolvido na apreciação do resultado de uma cirurgia plástica estética não reparadora por parte do paciente. O que pode parecer belo e tecnicamente perfeito para uns, não o será necessariamente para outros.

Um dos elementos centrais aqui a serem discutidos, portanto, versa sobre o fato de a cirurgia plástica estética não reparadora ser uma obrigação de meio ou obrigação de resultado.

2. DEFINIÇÕES CONCEITUAIS

Apenas a título de definição conceitual, Maria Helena Diniz assim as distingue:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.²

Por certo que, em qualquer atividade médica, existe a necessidade – e o dever – de se agir com prudência, diligência, precaução e perícia. Tal fato se justifica, porque, em se tratando de uma obrigação de meio, na hipótese da superveniência de um resultado adverso, o que será analisado para a verificação da existência ou não de culpa, será a conduta do médico. A comprovação do dano deverá passar, necessariamente, pela verificação da prudência, da perícia e do comportamento profissional adotado durante todo o procedimento. O que o atual estágio da medicina – e todo o seu aparato tecnológico – não permite mais tolerar, seja por parte do médico, da clínica ou do hospital, são o descuido, o descaso, a negligência, a imperícia e a imprudência.

A *negligência* vem a ser a ausência do emprego de precauções adequadas para a prática de determinados atos ou da adoção de procedimentos, revelando desleixo, desatenção, indolência, enfim o desinteresse, o descaso e o descompromisso para com a atividade desempenhada. A *imperícia* consiste na incapacidade, na falta de conhecimentos

2. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7. p. 230.

técnicos ou de habilitação para o exercício de determinada atividade. Ou ainda, pode ser qualificada como o desempenho de uma atividade relativa a uma profissão desconhecida pelo praticante, revelando inaptidão genérica ou específica. No caso do exercício da medicina, esse requisito é tido por suprido pelo registro do diploma e pela inscrição no Conselho Regional de Medicina de sua área de atuação. Por fim, a *imprudência* se caracteriza pela inobservância do dever de cautela na adoção de certas práticas ou procedimentos. É o triunfo da falta de moderação, da insensatez e da precipitação sobre a experiência, o bom senso e o profissionalismo.

É nossa opinião que, sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica pode ou deve ser considerada obrigação de resultado. Essa é uma classificação muito difundida e repetida sem qualquer reflexão pelos menos avisados, que se limitam a fazer coro com entendimento que se mostra ultrapassado à luz da doutrina atual. A simples impossibilidade de pré-determinar o resultado de qualquer procedimento jurídico desautoriza essa distinção, afirma Hildegard Taggesell Giotri³.

Tal equívoco permaneceu durante muito tempo presente na doutrina nacional, mas vem sendo corrigido ao longo dos últimos anos, por obra de doutrinadores, que se debruçaram sobre o Direito Médico, ramo novo e promissor do Direito.

Muito se fala em impor diferença de tratamento jurídico à chamada cirurgia plástica desprovida de finalidade terapêutica. Ocorre que esse termo, por si só, é equivocado. Há relativamente pouco tempo, era generalizado o conceito de que a cirurgia plástica de caráter meramente embelezador, sem finalidades terapêuticas, constituía-se como simples capricho do paciente, sendo, portanto, desnecessária. Todavia, impõe-se o reconhecimento de que a cirurgia plástica estética tem obrigação de meio e não de resultados.

Observe-se, pois, que a medicina é uma ciência que lida com seres humanos, cujos organismos são complexos e variados. Portanto, é impossível garantir um resultado preciso e idêntico em todas as cirurgias. Os resultados da cirurgia plástica dependem de fatores que estão fora do controle do cirurgião, como a genética, estilo de vida e histórico médico do paciente.

A obrigação de resultado coloca uma pressão excessiva sobre os cirurgiões plásticos, que podem ser responsabilizados por resultados insatisfatórios, mesmo quando fizeram tudo corretamente.

A obrigação de meio é mais justa para ambas as partes, pois reconhece que o cirurgião plástico se comprometeu a realizar a cirurgia com habilidade e cuidado, mas que não pode garantir um resultado específico. É ainda a abordagem padrão em outras áreas

3. *Erro Médico à luz da jurisprudência comentada*. Ed. Juruá, 1ª ed., Curitiba, 2001, p. 122.

da medicina, como a cirurgia cardíaca e a neurocirurgia, nas quais os resultados podem ser igualmente imprevisíveis.

A obrigação de meio incentiva o cirurgião plástico a ser honesto e transparente sobre o que é possível e o que não é possível realizar através da cirurgia. Não bastasse, encoraja a colaboração entre cirurgião e paciente na tomada de decisões sobre o tratamento e nas expectativas realistas. A obrigação de resultado pode resultar em uma onerosa judicialização, além de aumentar o preço dos procedimentos cirúrgicos.

A obrigação de meio permite que o paciente tenha um papel ativo no processo de recuperação e compreenda que sua adesão às instruções do cirurgião é fundamental para um resultado satisfatório. É, portanto, uma abordagem mais equilibrada e razoável para a cirurgia plástica de caráter estético, pois reconhece a complexidade da medicina e o papel do paciente na obtenção de um resultado bem-sucedido.

Com a evolução dos conceitos, considera-se atualmente a saúde não apenas como o bem-estar físico, mas também como a incolumidade psíquica e social, não havendo espaço para dúvidas sobre a finalidade curativa da cirurgia estética⁴.

Nesse sentido, advogam Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza⁵:

Hodiernamente, esta questão de outrora se encontra pacificada, pois é dever da medicina zelar pela saúde física e mental dos pacientes. Nesta marcha, não se pode olvidar que mesmo alguém aparentemente perfeito, que se enquadre nos padrões normais de beleza, e que deseje realizar certa cirurgia para modificar, por exemplo, a mama, tornando-a menor, não esteja, em algum nível, sofrendo de um mal, ainda que em órbita mental. Resulta que esse mal vai desde a angústia e a sofreguidão, por achar-se com uma mama feia, até o profundo estado de depressão.

Portanto, não há de se raciocinar, em tempos atuais, que a cirurgia estética se consubstancia em intervenção desnecessária, em cirurgia de luxo, que não possui licitude. Ao contrário, é uma especialidade médica como outra qualquer, onde as obrigações do cirurgião são iguais às dos demais médicos de diferentes especialidades.

3. O POSICIONAMENTO DAS DOCTRINAS NACIONAL E ESTRANGEIRA

A respeito do tema, Miguel Kfoury Neto diz em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*⁶:

4. A constituição da Organização Mundial de Saúde atualmente define a saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

5. In *Instituições de Direito Médico*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004, 1ª ed., p. 16.

6. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 2001, pág. 160.

Hodiernamente, 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 – daí se poder falar, ainda que em termos brandos, como afirma Avecone – de ‘Estado Patológico’.

Mais adiante, continua:

Em qualquer situação, também ao cirurgião plástico é possível demonstrar a interferência – no desencadeamento do resultado danoso – de fatores imprevisíveis e imponderáveis, devidos a aspectos subjacentes à saúde do paciente, que o médico não conhecia, nem podia conhecer, mesmo agindo com diligência e acuidade. Noutras palavras, seu objetivo frustrou-se pela superveniência de causas que ele não podia prever, nem evitar.

E, finalmente, às fls. 176/177 da mesma obra, conclui:

Em recente publicação, Luís O. Andorno⁷ expõe as seguintes reflexões: ‘Se bem que tenhamos participado durante algum tempo deste critério de ubicar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão levou-nos à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, ubicando também a cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência’.

Para o jurista platino, o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos. Acrescenta que toda intervenção sobre o corpo humano é aleatória. Anota, por fim, que a doutrina e a jurisprudência francesas têm se orientado nesse sentido.

E arremata:

A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente.

Em brilhante trabalho posterior, denominado *Culpa Médica e Ônus da Prova*⁸, o Des. Kfoury transcreve trechos do julgamento do Recurso Especial 81.101-PR⁹, no qual se decidiu sobre recurso relativo à responsabilidade civil em cirurgia plástica estética. Ali, destaca trechos extremamente elucidativos do voto proferido pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito, aqui emprestados em virtude de sua relevância e clareza elucidativa:

7. ANDORNO, Luís O. La responsabilidad civil médica, *Ajuris*, 59/224-235.

8. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, 1ª ed., p. 252 e ss.

9. DJU 31.05.1999. RSTJ 119/290.

Pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados, mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida progressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas conseqüências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico.

Anoto-se, nesse passo, que a literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica, com claridade, que não é possível alcançar 100% de êxito.

(...)

A mesma *Plastic and Reconstructive Surgery* (vol. 95, junho de 1995, p. 1.195 a 1.204) publica os resultados de reconstrução mamária obtidos por dois cirurgiões em 111 pacientes, mostrando complicações importantes em cerca de 20% dos casos, observados ao longo de 18 meses.

No que se refere à plástica para redução do volume mamário (mamoplastia redutora), o *Annals of Plastic Surgery* (vol. 34, 1995, p. 113 a 116) divulga os resultados obtidos por dois cirurgiões, indicando melhora clínica satisfatória em não mais de 74%, 81% e 88% dos casos, conforme o critério escolhido.

Também no *British Journal of Plastic Surgery* (vol. 48, outubro de 1995, p. 451 a 454), foram analisadas 218 plásticas nasais (rinoplastia), observando-se não mais de 5% de complicações, mas cerca de um de cada dez pacientes necessitou de revisão cirúrgica do procedimento realizado pela mesma instituição, e um de cada cinco daqueles que haviam sido operados em outros centros.

J. Gérald Rheault, mostrando a realidade sob o regime legal do Canadá, que segue o sistema do Common Law, a exceção de Quebec, que herdou as tradições do Código Civil de Napoleão, destacou que a responsabilidade dos médicos está limitada a uma obrigação de meios, não de resultados, na medida em que os cirurgiões não estão obrigados a obter sempre bons resultados, mas estão sim obrigados a fornecer competente informação e tratamento aos pacientes. Assim, a responsabilidade do cirurgião depende da prova de ele não ter agido prudentemente e diligentemente como um profissional razoavelmente competente teria agido nas mesmas circunstâncias. E, em casos de cirurgia estética, esse princípio vem sendo desafiado até a Suprema Corte por algumas pessoas que gostariam de imputar ao cirurgião plástico uma responsabilidade de resultados e não de meios (*Professional responsibility of physicians is limited to an obligation of means, not of results. We do not have an obligation of always obtaining good results, but must provide competent information and treatment to our patients. Briefly put, the existence of a fault on the physician's part will be established if it can be proven that he did not act as prudently and diligently as a reasonable competent physician would have in the same circumstances. In cases of elective care such as in aesthetic surgery, this principle is being challenged all the way to the Supreme Court by some people who would like to hold us responsible not only for means, but of results*, *The Canadian Journal of Plastic Surgery*, 30, 1995, via internet).

(...)

Finalmente, nesse patamar, é bom não esquecer que não se pode presumir, como parece vem sendo admitido pela jurisprudência, que o cirurgião plástico tenha prometido maravilhas ou que não tenha prestado as informações devidas ao paciente, configurando o contrato de resultado certo e determinado. **A só afirmação do paciente em uma inicial de ação indenizatória não é suficiente para acarretar a presunção de culpa do médico, invertendo-se o ônus da prova, como no presente caso. O paciente deve provar que tal ocorreu, que não recebeu informações competentes e amplas sobre a cirurgia.**

Não bastasse tal fundamentação para afastar a cirurgia estética do campo das obrigações de resultado, o Código de Defesa do Consumidor estipulou, expressamente, no art. 14, § 4º, verbis:

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

Ora, tal regra não separa o ato cirúrgico em obrigação de meio ou de resultado, não destaca a cirurgia estética, nem, tampouco, explicita que destina-se a incidir sobre a responsabilidade aquiliana, não sobre a responsabilidade contratual. Com todo respeito, a interpretação que situa a questão neste ângulo não tem lastro na lei, repetindo, apenas, a jurisprudência anterior ao Código que enxergava a dicotomia. E não poderia fazê-lo, sob pena de grave disparidade na própria lei que impõe ser a responsabilidade pessoal do profissional liberal apurada mediante a verificação da culpa.

(...)

A jurisprudência, todavia, insiste em dispensar à cirurgia estética tratamento draconiano: ou se atinge o resultado ‘embelezamento’ ou responde o médico pela frustração – mesmo que o cliente não melhore nem piore sua aparência inicial.

De qualquer modo, as soluções alvitradas são casuísticas e nada satisfatórias. Em regra, se o paciente sai da cirurgia em condições piores que as ostentadas anteriormente, o cirurgião é penalizado pelo insucesso.

Decisiva, sempre, há de ser a constatação de ter havido imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Ao se admitir, pura e simplesmente, que o dever assumido pelo cirurgião plástico configura obrigação de resultado, não ocorre apenas presunção de culpa: nem mesmo se aceita prova que o médico eventualmente produza em seu favor. O resultado danoso firma a inarredável obrigação de indenizar.

Torna-se desinfluyente a realização correta da cirurgia. Não tendo sido alcançado o resultado – melhoramento estético – firma-se a procedência da demanda indenizatória. Insto equívale a afirmar que a cirurgia estética nunca sofre influência das condições pessoais do próprio paciente¹⁰ – insuscetíveis de avaliação prévia.

É antijurídico, por conseguinte, a pretexto de a cirurgia plástica estética ser classificada como *obrigação de resultado*, inverter-se o ônus da prova. Ao médico, em qualquer hipótese, aplica-se o regramento da *responsabilidade subjetiva* – incompatível com essa inversão.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo¹¹ discorre:

Pode-se incurrir a ideia que se encaixa um misto de obrigação de resultado e de obrigação de meio na cirurgia plástica, ou mais precisamente, a responsabilidade em face da contratação, com forte carga objetiva. Inquestionável que uma melhora deve haver, com a mudança do aspecto ou do defeito anterior. No entanto, é normal admitir-se uma margem de tolerância, aceitando pequenas diferenças. Bem coloca o assunto

10. O cirurgião plástico Walter Soares Pinto – *Informativo Incijur* 13/9, ano 2, ago. 2000 – indica tais peculiaridades: “a) qualidade da pele (fina, grossa, gordurosa, tendência a manchas e quelóides); b) ausência de reações alérgicas: medicamentos, esparadrapos, fio de sutura, luvas de borracha, etc.; c) ausência de complicações (infecção, cicatrização, etc.); d) cuidados pré e pós-operatórios: exposição ao sol, repouso, esforços violentos, etc.”. Esclarece ainda que, como qualquer outra, a cirurgia plástica sujeita-se a problemas, dentre os quais menciona: “Deiscência (abertura de pontos da sutura); - Infecção (seja de origem hospitalar ou não). Um exemplo notório foi a cirurgia de blefaroplastia (rugas e bolsas palpebrais) efetuada em 1981 pelo Prof. Ivo Pitanguy no presidente João Figueiredo. Houve um hematoma (derrame de sangue) na pálpebra inferior esquerda, que acarretou inúmeros problemas por vários meses. Existe figura de maior destaque que o rosto de um presidente da república em exercício? Existe alguém capaz de acusar o Prof. Pitanguy de imperito? O problema, entretanto, existiu, causou deformidade e inconvenientes por longo tempo e em absoluto pode ser classificado como erro médico. Do mesmo modo são importantes os conceitos de intercorrências e complicações. – *Intercorrências* são problemas surgidos após a cirurgia que devidamente orientados, não prejudicam o resultado final; - *Complicações*: São problemas que, mesmo devidamente orientados, afetam o resultado final. Como exemplos temos tromboses e embolias (obstrução por coágulos de sangue, ou gordura, levando a gangrena de tecidos ou até à morte do paciente”. Na aferição da imperícia, leva-se em consideração somente o ato sob exame. Assim, o melhor cirurgião, eventualmente, poderá – em determinado caso – revelar imperícia. A constatação da culpa direciona-se, tão-somente, ao caso *sub judice*”.

11. **Responsabilidade Civil**, 5ª edição revista e atualizada, Gen. Forense, 2011, p. 337.

Fabrício Zamprogna Matielo: ... “Deixar de cumprir a obrigação de resultado é causar ao paciente um prejuízo perceptível de ordem física ou mesmo funcional(...)”.

Também a doutrina Argentina se manifesta sobre o tema, através das lições de Ricardo Rabinovich-Berkman¹², que vai além e levanta diversos outros questionamentos, tais como as condições mentais do paciente que, lúcido e capaz, submete-se à cirurgia plástica em busca de corrigir o que considera um defeito, uma característica que foge aos padrões do que considera beleza, tratando aquele “desvio estético” como verdadeira doença.

Continua, ainda, ressaltando questões, por vezes, esquecidas nos julgamentos, tais como a consciente e efetiva vontade do paciente em correr os riscos – absolutamente normais e conhecidos pelo ser humano médio – de uma intervenção cirúrgica, seja ela de qualquer espécie, manifestando expressamente essa sua vontade, em busca da realização de seu sonho de aperfeiçoamento estético.

Ignorar tais situações representa um grave desvio da realidade, incompatível com o devido processo legal, a busca da verdade e a justa análise dos procedimentos adotados. Diz, portanto, o prof. Rabinovich-Berkman:

Em suma, no creemos que existan motivos científicos para caracterizar de un modo genérico a las obligaciones de los cirujanos estéticos como de resultado, diferenciándolas así de las de los demás especialistas quirúrgicos. Estimamos, por el contrario, que la diversificación reside más en raíces inherentes a nuestra cultura judeocristiana, proclive a declamar (a menudo hipócritamente) un desprecio de la belleza física (esa “coquetería” de que hablaba el fallo antes transcripto), y a no considerar la fealdad como una forma de enfermedad.

(...)

Si la paciente se sometió a la operación plástica, es porque así lo quiso, en su evaluación de riesgos y de beneficios. Es decir, porque entendió que para volver a lucir un busto agradable (lo cual constituye un deseo más que respetable) valía la pena correr los peligros que toda intervención quirúrgica entraña. Presumir lo contrario importa considerar a la interesada una persona fatua, por no decir una tonta, sin que evidencia alguna indique que lo sea.

Também Ricardo Luis Lorenzetti¹³ afirma:

En el campo de la cirugía plástica el profesional médico no tiene plenas seguridades de éxito en la aplicación de su ciencia, técnicas y arte sobre quien requiere su actuación, ya que no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella. En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente sino, más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la

12. RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. **Responsabilidad del Médico**. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 482.

13. **Responsabilidad Civil de los médicos**, vol II, p. 377.

*técnica y el arte médicos indican como conducente para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
Sin perjuicio de que el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberá valorarse con mayor rigor, se trata de una imputación subjetiva y de un compromiso de medios y o de resultado.*

Não se pode ignorar que o paciente tem consciência dos riscos envolvidos em qualquer procedimento¹⁴. Eximi-lo dessa responsabilidade em favor de uma falsa responsabilidade objetiva do médico – não prevista pela legislação, diga-se – é absolutamente contraproducente. O consentimento, a conduta e o comportamento do paciente são mais que atenuantes, excludentes de responsabilidade.

Rosana Jane Magrini, em substancioso artigo doutrinário¹⁵, conclui:

O que se exige do médico, seja qual for sua especialidade, é a prestação de serviços zelosos, atentos, conscienciosos, a utilização de recursos e métodos adequados e de agir conforme as aquisições da ciência. O que não se pode admitir, sempre com a máxima vênia, é uma corrente jurisprudencial em desalinho com a realidade moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.

Expõem, ainda, Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, em sua obra *Instituições de Direito Médico*¹⁶, que:

Impor à cirurgia plástica estética a pecha de obrigação de resultado é, ao nosso ver, grande preconceito, existente em tempos longínquos, além de negar o próprio sistema biológico de cada ser humano que, por vezes, se mostra rebelde, seja numa simples cauterização de uma verruga ou numa cirurgia de mama para a colocação de uma prótese, com a finalidade de aumentá-la de tamanho.
Partir da idéia de que o cirurgião plástico já tem, intrinsecamente, em caso de alegação do paciente de mau resultado, culpa no suposto evento danoso (culpa presumida) é colocar sobre seus ombros um fardo muito pesado, totalmente desvirtuado da realidade e do bom-senso.

Finaliza Miguel Kfourri, em passagem de seu já referido livro *Culpa Médica e Ônus da Prova*¹⁷, em definitiva opinião:

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa.
Por fim, as novas tendências verificadas no âmbito da prova da culpa médica, em

14. Neste sentido, acórdão publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP 109/127), traz orientação bastante significativa: “Obviamente nenhum leigo pode ignorar os riscos decorrentes de qualquer cirurgia”.

15. MAGRINI, ROSANA JANE. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista Jurídica Notadez* 280/92-1993, fev. 2001.

16. Op. Cit., p. 18.

17. Op. Cit., p. 267.

especial a atribuição dinâmica do encargo probatório, não mais justificam que apenas ao cirurgião plástico seja aplicado tratamento diferenciado, gravoso.

Todas as especialidades cirúrgicas submetem-se ao imprevisível – consequência natural, já examinada, das características individuais de cada pessoa.

Assim, a cirurgia plástica embelezadora há de enquadrar no figurino da verificação da culpa, a exemplo das demais especialidades médicas – arredando-se a aplicação extremada dos princípios da responsabilidade objetiva ao profissional liberal, que também se submete ao estatuto da culpa.

O que se pretende demonstrar é que, sob todos os aspectos, a cirurgia plástica é intervenção cirúrgica equiparável a todos os demais procedimentos cirúrgicos e que as reações do organismo humano são imprevisíveis e consequências indesejadas podem sobrevir, ainda que toda a técnica, os recursos disponíveis, a prudência e a perícia tenham sido empregados ao caso concreto, não se podendo, por sua vez, simplesmente culpar o médico pelo infortúnio por ele também não desejado.

Cada corpo humano, em sua individualidade, pode apresentar somatizações, hipersensibilidades e reações diversas verdadeiramente imprevisíveis. A evolução de quadros clínicos ou patológicos, diante da intervenção médica, não é sempre igual, não obedece sempre a uma fórmula preestabelecida. Em qualquer procedimento cirúrgico, conforme comprovado por incontáveis estudos médicos, o organismo pode reagir de forma inesperada, negativa ou adversa, comprometendo o resultado.

Na prática, ainda, há que se destacar que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que em parte também escapa do controle do médico.

A fisiologia humana é imprevisível e única para cada indivíduo, o que torna impossível garantir um resultado específico em cirurgias plásticas estéticas. Por mais habilidoso e cuidadoso que seja o cirurgião, ele não tem controle sobre as reações do organismo do paciente e outros fatores imprevisíveis que podem afetar o resultado da cirurgia.

A própria natureza da cirurgia plástica estética implica uma obrigação de meio, já que o objetivo principal é melhorar a aparência do paciente e não corrigir uma doença ou disfunção orgânica. A jurisprudência médica e a ética profissional reconhecem a cirurgia plástica estética como uma obrigação de meio, já que o resultado esperado depende de uma série de variáveis que escapam ao controle do cirurgião.

O entendimento majoritário da jurisprudência brasileira sobre a obrigação de resultado na cirurgia plástica estética é equivocado e não se alinha com os princípios da medicina e da ética profissional.

Reconhecer a obrigação de meio na cirurgia plástica estética é importante para proteger tanto o paciente quanto o médico. O paciente tem a garantia de que o cirurgião empregará a melhor técnica e o cuidado, mas sem prometer um resultado que não pode ser garantido. E o médico não é injustamente responsabilizado por um resultado imprevisível e incontrolável.

A obrigação de resultado pode levar a uma judicialização excessiva da relação médico-paciente e prejudicar o acesso à saúde. Se o cirurgião é obrigado a garantir um resultado específico em uma cirurgia estética, pode ser desestimulado a realizar a cirurgia em pacientes que apresentam riscos ou complicações. A obrigação de resultado na cirurgia plástica estética pode ser prejudicial ao paciente, pois pode incentivar o uso de técnicas mais agressivas e invasivas, que prometem resultados mais rápidos e dramáticos, mas que também apresentam maior risco de complicações e de danos ao paciente.

A cirurgia plástica estética envolve muitos fatores que estão fora do controle do cirurgião, como a genética, a idade, o estilo de vida do paciente e outros fatores ambientais e sociais. Portanto, é injusto e irrealista responsabilizar o cirurgião por um resultado que depende de tantos fatores alheios à sua vontade e controle. A obrigação de meio é uma abordagem mais justa e equilibrada para a relação médico-paciente na cirurgia plástica estética, pois reconhece que o sucesso da cirurgia depende tanto do esforço e da habilidade do cirurgião quanto da resposta do organismo do paciente.

4. O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Esse entendimento começa a ganhar corpo em nossos Tribunais, como bem demonstram as ponderações do Des. Carpena Amorim, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), ao proferir seu voto em já clássico julgado¹⁸:

Não me parece, data venia, que se possa classificar uma cirurgia, e nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento específico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível. (...) Nenhum homem seria capaz de afirmar que uma cirurgia tem 100% de possibilidade de êxito e 0% de insucesso. Sintetizando: não há cirurgia sem risco.

Nesse mesmo diapasão, observa-se a decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJAL), em caso extremamente similar, em lúcido voto do Des. Barreto Accioly:

18. TJRJ – ApCiv 1.239/90 – 25.09.1990 – ADV/COAD, Se. Jur., p. 78, maio 1994.

Processo Inflamatório Crônico. EMENTA – Ação Ordinária de Indenização. Responsabilidade Civil. Erro Médico. A responsabilidade civil dos médicos por atos de seu ofício repousa na culpa. **Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não se pode atribuir à negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião as conseqüências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório crônico e inespecífico.** Recurso Provido. TJ AL – Ap. Civ. 9038 – Capital. Rel. Des. B. Barreto Accioly. Recorrente: Joaquim Paulo Vieira Malta Neto. Recorrida Maria Rita Lyra de Almeida. Julg. 30/08/89. Acórdão Publicado em Código do Consumidor Comentado, de Paulo Brasil Dill Soares, 5ª ed., Ed. Destaque, RJ, 1999, p. 275.

Em 25 de setembro de 2019, a 5ª Câmara Cível do TJRS assim decidiu¹⁹:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE DE SILICONE APÓS CIRURGIA BARIÁTRICA. LATERALIZAÇÃO DA MAMA. NATUREZA REPARADORA DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. HONORÁRIOS RECURSAIS.

I. A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a alguém. No que se refere à responsabilização civil do médico, tal como se dá em relação aos demais profissionais liberais, é necessária a análise subjetiva de sua conduta, não prescindindo da demonstração do agir culposo para sua caracterização. Inteligência do art. 14, § 4º, do CDC.

II. Ainda dentro do campo da subjetividade, é de salientar que a responsabilidade civil do médico, na ótica da natureza avençada com o paciente, comporta outra classificação, qual seja, “obrigação de meio”, que exige a prova da culpa para a sua caracterização, e “obrigação de resultado”, situação em que a culpa é presumida no caso de insucesso do procedimento. No caso concreto, a cirurgia em questão possui natureza reparatória, uma vez que realizada pós-cirurgia bariátrica, razão pela qual não é necessário analisar a responsabilidade da médica quanto ao objetivo estético.

III. No caso concreto, não restou evidenciada a ocorrência de falha na prestação do serviço, uma vez que, de acordo com o laudo pericial, embora efetivamente haja a lateralização maior de uma mama durante o decúbito dorsal, o resultado do procedimento foi bastante adequado para uma cirurgia reparadora mamária, devendo ser ressaltado que, como as próteses estão no plano submuscular, caso a autora praticasse exercícios e os músculos não estivessem débeis, provavelmente as próteses não rotariam. Ademais, a autora não trouxe qualquer argumento técnico ou outro laudo médico capaz de refutar as conclusões da perícia efetuada pelo Departamento Médico Judiciário, tendo apenas referido que houve violação ao dever de informação por parte da requerida, o que não ocorreu, tendo em vista que, segundo a ficha médica da demandante, a requerida orientou, após a segunda cirurgia, que a autora utilizasse sutiã e praticasse exercícios. Por sua vez, a prova testemunhal corrobora as conclusões exaradas pelo laudo pericial no sentido de não ter havido qualquer irregularidade ou falha no procedimento realizado.

IV. Nestas circunstâncias, a par da incidência do CDC, mas considerando a falta de verossimilhança das alegações da autora e que a mesma não comprovou os fatos constitutivos do seu direito, ônus que lhe incumbia, na forma do art. art. 373, I, do CPC, deve ser mantida a sentença de improcedência do feito.

V. De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, ao julgar recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado vencedor, observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

19. TJRS - JAPG N.º 70081937153 (N.º CNJ: 0165624-33.2019.8.21.7000) 2019/CÍVEL.

Dois julgados produzidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro são muito emblemáticos por trazerem a seguinte situação: ambos mencionam ser a obrigação do cirurgião plástico em procedimento estético uma obrigação de resultado. Mas, ao mesmo tempo, afastam a responsabilidade objetiva que daí adviria, em razão das particularidades dos procedimentos médicos, da singularidade da fisiologia de cada paciente e da impossibilidade de se garantir resultado. Ou seja, tem-se, como se vê, uma repetição de um entendimento falho, mesmo com as evidências demonstrando o contrário, produzindo um julgado que se adequa à realidade médica, mas que insiste em persistir no equívoco doutrinário ainda majoritário:

0062629-76.2009.8.19.0038 – APELAÇÃO. Des(a). MARIA ISABEL PAES GONÇALVES - Julgamento: 06/02/2019 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA. LIPOASPIRAÇÃO E IMPLANTES DE PRÓTESES DE SILICONE. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO NO PROCEDIMENTO DE LIPOASPIRAÇÃO E PLÁSTICA MAMÁRIA, COM O SURGIMENTO DE LESÕES NA REGIÃO TORÁCICA E DEFORMIDADE NOS SEIOS DA AUTORA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO AUTORAL QUE NÃO MERECE ACOLHIDA. **CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO QUE NÃO TORNA OBJETIVA A RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO PLÁSTICO, MAS QUE TRANSFERE PARA O MÉDICO O ÔNUS DE DEMONSTRAR QUE OS EVENTOS DANOSOS DECORRERAM DE FATORES EXTERNOS E ALHEIOS À SUA ATUAÇÃO DURANTE A CIRURGIA. RESPONSABILIDADE CIVIL QUE CONTINUA SENDO SUBJETIVA, NOS TERMOS DO §4º, DO ARTIGO 14, DO CDC.** PRECEDENTES DO STJ. PERÍCIA COMPROBATÓRIA DE QUE AS LESÕES NA REGIÃO TORÁCICA DA APELANTE SÃO ORIUNDAS DE QUELOIDES E NÃO DE ERRO MÉDICO. MARCAS PROVOCADAS PELO PRÓPRIO ORGANISMO DA PACIENTE E NÃO PELA TÉCNICA EMPREGADA NO PROCEDIMENTO DE LIPOASPIRAÇÃO. PROVA PERICIAL QUE AFASTA ATUAÇÃO IMPERITA OU NEGLIGENTE DO RECORRIDO NA FASE PRÉ-OPERATÓRIA, DURANTE A CIRURGIA DE LIPOASPIRAÇÃO E NO PÓS-OPERATÓRIO. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL QUE AFASTAM O DEVER DE INDENIZAR DIANTE DA SITUAÇÃO DE IMPREVISIBILIDADE DOS RESULTADOS DE CICATRIZAÇÃO E OUTROS FATORES GENÉTICOS, CONHECIDOS PELA RECORRENTE ANTES DA REALIZAÇÃO DA LIPOASPIRAÇÃO. RISCO ASSUMIDO PELA APELANTE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO ACERCA DE COMPLICAÇÕES POSTERIORES À REALIZAÇÃO DO ATO CIRÚRGICO QUE É MATÉRIA ADUZIDA SOMENTE NA RÉPLICA, CARACTERIZANDO INOVAÇÃO QUE NÃO COMPORTA, POR CONSEQUENTE, APRECIÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PROVA PERICIAL QUE TAMBÉM AFASTA ERRO MÉDICO NA PLÁSTICA MAMÁRIA. DESPROPORÇÃO DOS SEIOS DA AUTORA PRÉ-EXISTENTES À CIRURGIA. ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO ÀS CONDIÇÕES FÍSICAS DA APELANTE NA COLOCAÇÃO DAS PRÓTESES. AUSÊNCIA DE PROVA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA DOS §§ 1º, 2º E 11 DO ARTIGO 85, DO CPC/2015. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0198898-25.2012.8.19.0004 – APELAÇÃO. Des(a) MARCOS ANDRE CHUT - Julgamento: 05/09/2018 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. ALEGAÇÃO DE QUE A AUTORA APRESENTOU SEQUELAS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO COMETIDO EM CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA DE MAMAS, GLÚTEOS E ABDOMINOPLASTIA. LAUDO PERICIAL QUE NÃO CONFIRMA A OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. **A OBRIGAÇÃO DO MÉDICO É DE RESULTADO, NESTE CASO. LAUDO MÉDICO QUE CONCLUIU PELA CORREÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS. MÁ CICATRIZAÇÃO DAS FERIDAS QUE DECORRE DE CONDIÇÕES BIOLÓGICAS PRÓPRIAS DE CADA PACIENTE. CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL, APTA A AFASTAR SUA RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO.** SENTENÇA QUE SE MANTÉM. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Entendimento semelhante foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), durante o julgamento da Apelação Cível n.º 0007967-12.2014.8.16.0026, em 20 de setembro de 2019:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA DE MASTOPEXIA COM COLOCAÇÃO DE IMPLANTE MAMÁRIO. ALEGADO ERRO MÉDICO. RESULTADO ESPERADO NÃO ATINGIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSOS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. APELAÇÃO CÍVEL (1). RECURSO MANEJADO PELA REQUERIDA. ÔNUS DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DA LIDE SECUNDÁRIA. ADIMPLEMENTO A CARGO DA DENUNCIANTE NO CASO DE DENÚNCIAÇÃO FACULTATIVA, COMO NA SITUAÇÃO DOS AUTOS. ART. 129, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. PRECEDENTES. APELAÇÃO CÍVEL (1) CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO CÍVEL (2). RECURSO AVIADO PELA AUTORA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA PROFISSIONAL LIBERAL. ART. 14, §4º, DO CDC. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CIRURGIA DE CORREÇÃO DE QUADRO DE PTOSE E ASSIMETRIA MAMÁRIA. PERÍCIA QUE ATESTA QUE NÃO HOUVE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA. **RESULTADO INSATISFATÓRIO DO PROCEDIMENTO QUE DECORREU DOS FATORES GENÉTICOS APRESENTADOS PELA AUTORA ALIADOS AO DESCUIDO DA PACIENTE NA ADOÇÃO DAS RECOMENDAÇÕES MÉDICAS FORNECIDAS PARA O PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE DEVER INDENIZATÓRIO.** SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CÍVEL (2) CONHECIDA E DESPROVIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

Em comum, esses três acórdãos mencionados acima trazem a menção à obrigação de resultado na cirurgia plástica estética, mas reconhecem intrinsecamente que há uma impossibilidade conceitual, uma vez que a ciência médica e a realidade, enfim, insistem

em não se amoldar ao equivocadamente conceito jurídico.

Sérgio Cavaliere Filho entende e leciona no sentido de que não se deixa de reconhecer, em tais casos, a responsabilidade subjetiva, mas com culpa presumida²⁰:

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera sempre responsabilidade objetiva. Entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assume obrigação de meio; e as regras de responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), todavia, tem apresentado entendimento diverso, como se nota no acórdão a seguir transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. **CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO ESTÉTICO COMPROVADO. RECURSO NÃO PROVIDO.** 1. **A jurisprudência desta Corte entende que “A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta”** (REsp 1.395.254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013). (...) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 678.485/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 11/12/2015) (original sem grifos)

Com a devida vênia, tal entendimento pode ser aplicado a um contrato de transporte de mercadoria, mas não a um procedimento cirúrgico. Não há justificativa alguma para qualificar de maneira diferente um procedimento “estético” de um “reparador”. Ou seria o elemento vaidade um fator a ser considerado, quando comparado com os demais procedimentos médicos?

O que diferenciaria o compromisso de “alcançar um resultado específico” em uma cirurgia plástica estética programada de uma outra cirurgia – também programada –, desta feita, realizada na área de cardiologia, para a troca de uma válvula coronariana?

20. Programa de Responsabilidade Civil. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 505/507.

Uma rápida busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra um impressionante – e preocupante – compilado de decisões²¹ com o mesmo fundamento, sem qualquer individualização de casos ou condutas, jogando na mesma vala comum todos os casos envolvendo cirurgia plástica estética, utilizando do mesmo conjunto de palavras:

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.
3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.
4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.
5. 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).

Negar as evidências científicas e os estudos médicos, que afirmam a impossibilidade de prever com 100% de certeza o comportamento da fisiologia humana, em nome da imutabilidade de um entendimento equivocadamente sedimentado não faz bem à evolução e à adequação do pensamento jurídico e não orna com a tradição jurídica inovadora e doutrinária daquela Corte de Justiça.

Esse mesmo entendimento – qual seja, o respeito às evidências científicas em detrimento do apego a uma equivocada e inexplicável construção “jurídica” – já se encontra consolidado há muito na jurisprudência espanhola. Tome-se, por exemplo, o acórdão da Sala Civil do Tribunal Supremo espanhol proferido no julgamento do Recurso STS 4355/2021, em 30 de novembro de 2021, do qual extraímos o seguinte trecho²²:

21. São elas:

- **PROCESSO REsp 1468756**. RELATOR(A) Ministro MOURA RIBEIRO. Data da publicação 27/03/2015 RECURSO ESPECIAL N.º 1.468.756 - DF (2014/0173852-5).

- **PROCESSO AREsp 334756**. RELATOR(A): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data da publicação: 31/03/2015. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 334756 - RJ (2013/0127613-0).

- **PROCESSO AREsp 700208**. RELATOR(A): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Data da publicação: 19/05/2015. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 700.208 - DF (2015/0073218-1).

- **PROCESSO AREsp 1233572**. RELATOR(A): Ministro MOURA RIBEIRO. Data da publicação: 19/04/2018. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 1.233.572 - PR (2018/0010152-7).

- **PROCESSO AREsp 614977**. RELATOR(A): Ministro MOURA RIBEIRO. Data da publicação: 28/11/2014. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 614.977 - SP (2014/0277525-8).

- **PROCESSO Ag 1359322**. RELATOR(A): Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data da publicação: 20/09/2011. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 1.359.322 - SP (2010/0180665-5).

- **PROCESSO Ag 1151306**. RELATOR(A): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da publicação: 26/10/2010. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 1.151.306 - RS (2009/0012581-6).

22. Disponível em <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19ed4c1160791885/20211213>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

3.1. A materialização de um risco típico informado e consentido não é fonte de responsabilidade civil, exceto por concurso de culpa ou negligência.

Pois bem, neste caso, verificamos que a assimetria e as cicatrizes são riscos típicos da intervenção, os quais estão expressamente descritos no consentimento informado assinado pela autora e que, aliás, já haviam sido previamente avisados na operação anterior, que havia sido praticado, conforme consta da sentença da Audiência; portanto, se forem conhecidas e assumidas, sua imputação legal ao médico assistente só é possível se for constatada imperícia na execução da técnica cirúrgica.

No laudo médico fornecido com a reclamação, não há registro ou descrição de qualquer deficiência na prestação da técnica cirúrgica dispensada, que pudesse implicar em falta de diligência por parte do cirurgião em exercício, cuja qualificação profissional também não foi questionada, simplesmente afirmando um resultado de assimetria e cicatrizes.

Nas circunstâncias expostas, não é fonte de responsabilidade civil a materialização de um risco típico de uma intervenção cirúrgica devidamente informada, que tenha sido consciente e voluntariamente assumido pelo autor, a quem o resultado não foi garantido.

No caso do Acórdão 1/2011, de 20 de janeiro, em processo que guarda certa identidade com o presente, a pretensão foi julgada improcedente, uma vez que foram prestadas ao paciente informações suficientemente expressivas sobre a intervenção a ser realizada. realizar (*lifting* mamário – mastopexia -), bem como os seus riscos, incluindo os da anestesia, seguindo o protocolo elaborado pela Sociedade Espanhola de Cirurgia Plástica, Reconstrutiva e Estética.

Em suma, como conclui a sentença n.º 250/2016, de 13 de abril:

“A cirurgia estética ou plástica não implica a garantia do resultado e embora seja verdade que a sua obtenção seja o principal objetivo de toda intervenção médica, voluntária ou não, e aquela que o autor esperava, o insucesso não é imputável ao médico pelo simples resultado, como aqui feito, desconsiderando a ideia subjetiva de culpa, que não é contemplada pela sentença que atribui responsabilidade objetiva ao profissional médico, contrariando a jurisprudência deste Tribunal.

3.2.- A obrigação dos médicos tanto na chamada medicina voluntária ou satisfatória, como na necessária ou curativa, é de meio e não de resultado.

Esta sala já se cansou de repetir que a distinção entre obrigação de meios e resultados não pode ser mantida no exercício da atividade médica, salvo se o resultado for pactuado ou garantido (SSTS 544/2007, de 23 de maio; 534/2009, de 30 de junho, 778/2009, de 20 de novembro, 20/11/2008 e 517/2013, de 19 de julho, 18/2015, de 3 de fevereiro); porque, em ambos os casos, o médico concorda em utilizar os conhecimentos e técnicas oferecidos pela medicina, sob os riscos típicos, que ocorrem fora da atuação diligente e que, além disso, **estão sujeitos a um certo componente aleatório, tendo em vista que nem todas as pessoas reagem da mesma forma aos tratamentos dispensados.**

No sentido acima, decidimos, entre outros, no acórdão 250/2016, de 13 de abril, no qual advertimos expressamente:

“[...] Uma coisa é que a jurisprudência não é vinculativa e os tribunais podem afastar-se dela com razão, e outra é que o tribunal de primeira instância a ignora, e decide contra ela, como é o caso no presente processo.

A sentença de 7 de maio de 2014, que reproduz a mais recente de 3 de fevereiro de 2015, citando as sentenças de 20 de novembro de 2009, 3 de março de 2010 e 19 de julho de 2013, em caso semelhante de medicina voluntária, diz o seguinte: “A responsabilidade do profissional médico é de meios e como tal não pode garantir um resultado concreto. A sua obrigação é colocar à disposição do doente os meios adequados, comprometendo-se não só a completar as técnicas previstas para a patologia em causa, de acordo com ciência médica adequada à boa prática, mas aplicar essas técnicas com o cuidado e a precisão exigidos de acordo com as circunstâncias e os riscos inerentes a cada intervenção e, em particular, fornecer ao paciente as informações necessárias para consentir ou rejeitar uma determinada

intervenção. Os médicos atuam sobre pessoas, com ou sem alterações de saúde, estando a intervenção médica, como todas, sujeita à sua própria componente aleatória, pelo que os riscos ou complicações que podem derivar das diferentes técnicas cirúrgicas utilizadas são semelhantes em todos os casos e as o fracasso da intervenção pode não estar tanto na imperícia quanto em simples alterações biológicas. O contrário significaria dispensar a ideia subjetiva de culpa, típica de nosso sistema, para atribuir responsabilidade de natureza objetiva derivada do simples resultado obtido na prática do ato médico, independentemente de qualquer outra avaliação de culpa e nexos de causalidade e a comprovação de uma ação médica ajustada à *lex artis*, quando for cientificamente reconhecido que a segurança de um resultado não é possível, pois nem todos os indivíduos reagem da mesma forma aos tratamentos disponíveis na medicina atual (SSTS 12 de março de 2008; 30 de junho de 2009)".²³ (Grifos nossos. Tradução nossa.)

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A doutrina admite a distinção entre uma cirurgia estética reparadora de enfermidades congênitas e outra de finalidade puramente estética. Ocorre que a fronteira entre tais casos pode ser extremamente difusa. A correção de um lábio leporino (fissura labiopalatina), por exemplo, é considerada reparação de enfermidade congênita. Por que, então, a modificação corretiva de um nariz enorme ou de orelhas desproporcionalmente grandes não pode assim também ser considerada, se, em ambos os casos, o que se persegue é um melhoramento estético? Em nosso sentir, o verdadeiro problema nas cirurgias plásticas não é o fato de serem reparadoras ou não, de possuírem finalidade terapêutica ou não. Em

23. Texto original:

3.1.- La materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia

Pues bien, en este caso, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices conforman riesgos típicos de la intervención, que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante y que, además, ya habían sido advertidos previamente en la anterior operación, que se le había practicado, como así figura en la sentencia de la Audiencia; por lo tanto, si son conocidos y asumidos, su imputación jurídica al médico tratante sólo es posible si se hubiera apreciado una mala praxis en la ejecución de la técnica quirúrgica.

En el informe médico aportado con la demanda no consta ni se describe deficiencia alguna en la prestación de la técnica quirúrgica dispensada, que pudiera implicar una falta de diligencia por parte del cirujano actuante, cuya cualificación profesional tampoco fue cuestionada, simplemente constata un resultado de asimetría y cicatrices.

En las circunstancias expuestas, la materialización de un riesgo típico de una intervención quirúrgica debidamente informado, que fue asumido consciente y voluntariamente por la actora, a la cual no se le garantizó el resultado, no es fuente de responsabilidad civil.

En el caso de la sentencia 1/2011, de 20 de enero, en un supuesto que guarda cierta identidad con el que nos ocupa, se desestimó la demanda, toda vez que se proporcionó a la paciente información suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria -mastopexia-), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética.

En definitiva, como concluye la sentencia 250/2016, de 13 de abril:

"La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala".

3.2.- La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados

Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 544/2007, de 23 de mayo; 534/2009, de 30 de junio; 778/2009, de 20 de noviembre; 20/11/2008 y 517/2013, de 19 de julio; 18/2015, de 3 de febrero); pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados. En el sentido expuesto, nos hemos pronunciado, entre otras, en la sentencia 250/2016, de 13 de abril, en la que expresamente advertimos:

"[...] Una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso.

La sentencia de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)".

qualquer situação, a obrigação continuará a ser de meio, não de resultado, em virtude das várias razões já expostas.

O verdadeiro problema, causador de tantas celeumas e pendências jurídicas, é a falta de adequada e prévia informação ao paciente. Por vezes, a oferta do serviço não traz uma apresentação clara dos riscos envolvidos, inclusive os riscos anestésicos do procedimento, sendo sugeridos resultados que não podem ser garantidos. Cabe ao cirurgião plástico prestar ao paciente informação clara, completa, precisa e inteligível, de modo que ele, conhecendo os riscos advindos de suas decisões e do tratamento perseguido, assuma as responsabilidades de seu consentimento informado e se comprometa a seguir as instruções para o período pós-operatório.

Ao cirurgião plástico cabe, ainda, não prometer um resultado cuja garantia não pode oferecer. Se assim o faz, aí, sim, atrai para si uma responsabilidade objetiva, ao se utilizar de uma promessa indevidamente para fins comerciais.

Assume um risco desnecessário e, em virtude dessa má decisão profissional, pode vir a responder, mesmo que tenha empregado da maneira mais adequada as *leges artis*, assim definida por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues²⁴ como “o conjunto de regras e princípios profissionais, aceitos genericamente pela ciência médica num momento histórico determinado, e que são ajustáveis à realidade individual do paciente”.

Assim, em caso de resultados indesejados, necessitará o cirurgião plástico de comprovar que se desincumbiu de seu prévio dever de informação e que não agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, não se lhe podendo atribuir culpa por evento danoso superveniente, próprios da aleatoriedade do organismo humano e das imprevisibilidades da ciência médica.

Em nome da segurança jurídica e do respeito à autonomia da vontade, que permeia e vincula as relações contratuais entre pessoas adultas e capazes, é necessário rever e modificar o entendimento jurisprudencial majoritário, no sentido de reconhecer a impossibilidade de um planejamento cartesiano para procedimentos cirúrgicos, estéticos ou não, uma vez que existe uma multiplicidade de fatores que podem interferir e interagir, não havendo na medicina a possibilidade de uma “obrigação de resultado”.

Decisões que simplesmente mencionam “entendimento dos tribunais superiores”, como forma de não se debruçar – sequer superficialmente – sobre os elementos concretos dos processos indenizatórios envolvendo responsabilidade civil médica oriunda de procedimentos estéticos se mostram em completo desacordo com a sistemática processual atual e em desacordo com o atual estágio de conhecimento sobre a fisiologia humana.

24. **Responsabilidade médica em direito penal:** Estudo dos pressupostos sistemáticos. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 54.

O próprio Superior Tribunal de Justiça necessita rever um posicionamento que já se mostra tão ultrapassado quanto automatizado, na pior acepção do termo. Ao contrário do que se imagina, reconhecer o equívoco é um sinal de grandeza, e modificar o entendimento jurisprudencial, à luz da evolução do pensamento e do próprio tecido social, adequando-se ao *Zeitgeist*, é a forma mais eficaz de entregar justiça, equidade e estabilidade nas relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉ, VICTOR CONTE. **Responsabilidade médica**. Ed. Juruá, 1ª ed., Curitiba, 2001.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ª ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2019.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 12ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

GIOSTRI, HILDEGARD TAGGESELL. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Ed. Juruá, 1ª ed., Curitiba, 2001.

GOMES RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA. **Responsabilidade médica em Direito Penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

KFOURI NETO, MIGUEL. **Culpa médica e ônus da prova**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., São Paulo, 2001.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, 1ª ed., Buenos Aires, 1997.

MADRID. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. **STS 4355/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4355**. Recurso de casación. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo. Sentencia núm. 828/2021. Fecha de sentencia: 30/11/2021. Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Dorsia La Primera, S.L., representada por la procuradora D.ª Carolina Martí Sáez, bajo la dirección letrada de D.ª Laura Izquierdo Rodríguez, contra la sentencia n.º 335/2018, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación n.º 868/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 375/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante. Ha sido parte recurrida D.ª Eulalia , representada por la procuradora D.ª Amanda Tormo Moratalla y bajo la dirección letrada de D. Antonio González Piñera. Disponível em: <<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19ed4c1160791885/20211213>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MAGRINI, ROSANA JANE. Médico – Cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. **Revista Jurídica Notadez** 280/92-1993, fev. 2001.

RABINOVICK-BERKMAN, RICARDO D. **Responsabilidad del Médico**. Ed. Astrea, 1ª ed., Buenos Aires, 1999.

RIZZARDO, ARNALDO. **Responsabilidade Civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Gen, Forense, 2011.

SEBASTIÃO, JURANDIR. **Responsabilidade Médica, civil, criminal e ética**. 2ª ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

SOUZA, ALEX PEREIRA E COUTO FILHO, ANTONIO FERREIRA. **Instituições de Direito Médico**. Ed. Forense, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2004.

AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA IMPORTÂNCIA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

ADVANCED DIRECTIVES OF WILL AND ITS IMPORTANCE IN THE PHYSICIAN-PATIENT RELATIONSHIP

Eduardo Dantas Filho¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Função das Diretivas Antecipadas de Vontade e a sua importância na relação médico-paciente. 3. Considerações sobre os princípios da autonomia e da autonomia privada nas situações de terminalidade da vida. 3.1. Da autonomia como expressão da liberdade individual. 3.2. Da evolução histórica da autonomia privada no Brasil. 3.3. Da autonomia privada como princípio corolário da dignidade humana. 3.4. Da autonomia da pessoa inconsciente. 3.5. Da atuação médica no fim da vida. 3.6. Dos conceitos de eutanásia, de morte assistida, de distanásia e de ortotanásia. 3.7. Do consentimento livre e esclarecido do paciente. 4. As Diretivas Antecipadas de Vontade. 4.1. Do conceito e das modalidades. 4.2. Breves considerações sobre a experiência no Direito Comparado. 4.3. O tratamento da matéria na Constituição e nas leis brasileiras. 4.4. A Resolução n.º 1.805/2006 do CFM. 4.5. A Resolução n.º 1.995/2012 do CFM. 4.6. O Código de Ética do CFM (Resolução n.º 2.217/2018). 4.7. A natureza jurídica, as características, os requisitos e o conteúdo possível para a sua elaboração. 4.8. O poder decisório dos médicos e dos familiares mediante a vontade expressa do paciente terminal. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar e explicar o que são as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) no ordenamento jurídico brasileiro e exaltar a importância delas, pois elas resguardam a autonomia do paciente sobre quais tratamentos médicos ele deseja receber no fim de sua vida. Ao longo dos anos, com o avanço da medicina permitindo o prolongamento da vida, surgiram muitas reflexões quanto aos limites da medicina a serem empregados aos pacientes terminais e à relação médico-paciente. Também será analisado como o tema é concebido no ordenamento jurídico brasileiro, que não possui legislação específica para as DAVs, mas conta com a ordem constitucional assentada no princípio da dignidade humana e comprometida com a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

1. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito apresentado à Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito básico para a obtenção do grau de Bacharel em Direito (2023).

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas de Vontade. Importância na relação médico-paciente. Testamento Vital. Mandato Duradouro. Autonomia privada. Dignidade da pessoa humana. Doença terminal. Medicina paliativa.

Abstract: The present study aims to analyze and explain what the Advanced Directive of Will (ADW) are in the Brazilian legal system and to exalt their importance, as they safeguard the patient's autonomy over which medical treatments he wants to receive at the end of his life. Over the years, with the advancement of medicine allowing the prolongation of life, many reflections have arisen regarding the limits of medicine to be applied to the terminally ill patients and the doctor-patient relationship. It will also be analyzed how the theme is conceived in the Brazilian legal system, which does not have specific legislation for ADW, but has a constitutional order based on the principle of human dignity and committed to the realization of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Advance Directives of Will. Importance of the doctor-patient relationship. Living Will. Enduring Mandate. Private Autonomy. Dignity of human person. Terminal illness. Palliative Medicine.

1. INTRODUÇÃO

Tratar sobre a morte e suas consequências é tarefa que desafia e gera grandes polêmicas, especialmente se se considerar as diferentes crenças religiosas e culturais a respeito da terminalidade de vida, as explicações científicas e, até mesmo, as mais variadas considerações jurídicas.

A dignidade é prerrogativa inerente à pessoa humana por sua só existência no mundo e assim deve ser até o fim da vida, mesmo ainda que esse processo se dê em circunstâncias nas quais a consciência já não esteja a par de exigir o cumprimento dessa garantia fundamental. O direito e seus institutos, neste ponto, servem como instrumentos essenciais à sua realização, mas de fundamental importância à relação médico-paciente.

Nos dizeres de Luciana Dadalto (2022, p. 19):

Por óbvio, é indubitoso o benefício das diretivas antecipadas quanto ao melhoramento da relação médico-paciente, o aumento da comunicação e da confiança entre médico e paciente, a proteção do médico contra reclamações e denúncias, a orientação do médico ante situações difíceis e conflituosas, o alívio moral para os familiares diante de situações duvidosas ou “potencialmente culpabilizadoras” e, por fim, a economia de recursos da saúde.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) conferem efetividade à autonomia privada do paciente e à concretização de sua dignidade, tratando-se de um documento em que se determina, previamente, a opção ou a recusa pela ortotanásia, que é a suspensão de tratamentos médicos extraordinários na manutenção da vida, ou se escolhe um procurador que o decida em seu lugar, a fim de que a sua vontade seja respeitada. O instituto deve servir de base para as decisões médicas e busca poupar o paciente e seus familiares da prorrogação do sofrimento físico e psicológico.

Tem-se notícia que o primeiro documento de manifestação prévia de vontade do paciente terminal, tal como o temos hoje, foi proposto em 1967, nos Estados Unidos da América, e ganhou o nome de *living will*. No Brasil, essa nomenclatura foi inapropriadamente traduzida para “testamento vital”, referindo-se a uma das modalidades de DAVs existentes ao lado do Mandato Duradouro. Outros países também adotaram esse mesmo nome, a exemplo do americano, entre eles o Reino Unido (*living will*), Itália (*testamento biologico*), França (*testament de vie*) e Portugal (testamento vital). Importante destacar, com efeito, que, nesses países e também em outros, tais como Holanda, Bélgica, Alemanha, Espanha, Argentina, Porto Rico e Uruguai, as declarações prévias de vontade foram devidamente incorporadas e reguladas em lei, o que ainda não ocorreu no Brasil.

Dado o panorama geral a respeito do tema, o presente trabalho objetiva tratar sobre a importância das Diretivas Antecipadas de Vontade e a relação médico-paciente, bem como, ainda que inexista legislação nacional que trate expressamente sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, sobre se o instituto é válido e eficaz no ordenamento jurídico brasileiro. Além de identificar as disposições possíveis de serem incluídas nesses documentos, determinar os limites de seu conteúdo e descrever o procedimento para a sua elaboração.

No primeiro capítulo, propôs-se, já de início, tratar sobre a função das Diretivas Antecipadas de Vontade e sua importância na relação médico-paciente. Em seguida, no segundo capítulo, passou-se às considerações sobre os princípios da autonomia e da autonomia privada nas situações de terminalidade da vida, a liberdade e a dignidade humana. No terceiro capítulo, definiram-se o conceito e as modalidades das DAVs, passando-se a breves considerações sobre o Direito Comparado e, por fim, às conclusões a que se chegou acerca da validade e da eficácia das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil. Foi tratado sobre as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), destacando-se a relação médico-paciente e os cuidados que devem ter esses profissionais na sua atuação.

Além da inexistência de lei, o instituto das DAVs é pouco conhecido no Brasil, inclusive pela comunidade médica, e, embora seja crescente o número de trabalhos acadêmicos acerca desse tema, quase não se discute a respeito. A importância do tema é inquestionável, não existindo qualquer outro instrumento jurídico no País capaz de conferir força à vontade do paciente terminal inconsciente.

Sendo esse o contexto, o presente trabalho visa a contribuir para o acesso de informações e de opiniões sobre o assunto, reiterando a importância do debate a respeito das DAVs e da cientização dos cidadãos e dos médicos sobre o seu uso e procedimentos.

2. FUNÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A SUA IMPORTÂNCIA PARA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Todos nós aprendemos desde cedo que a morte é a única certeza da nossa vida. No entanto, temos o direito à vida assegurado e esse direito inclui gozar da vida com autonomia e liberdade. Partindo dessa premissa, pode o paciente deliberar sobre sua vida mesmo em questões médicas? Sim, o paciente tem esse direito.

Segundo o artigo 56 do Código de Ética Médica (CEM), Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018, é direito do paciente “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

O Código de Ética Médica é igualmente importante quando o assunto são as Diretivas Antecipadas de Vontade, porque estabelece princípios que regulam a conduta do profissional de saúde e seu objetivo segue na mesma linha que os demais documentos do órgão, visando que os profissionais da área priorizem a autonomia do paciente.

O Código de Ética Médica também dispõe de outros artigos importantes, que valem ser citados: “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”.

Eduardo Dantas e Marcos Coltri, no livro “Comentários ao Código de Ética Médica” (DANTAS, 2020, p. 176), refletem que “Considerando que a autonomia do paciente é um dos pilares desse Código de Ética Médica, torna-se função do profissional garantir que o paciente livremente decida sobre o seu bem-estar e sobre a sua pessoa”. Segundo o artigo 41 do Código de Ética Médica:

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.

Apresentando os artigos acima, eis que surge a importância das chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade. Mas afinal, o que são as Diretivas Antecipadas de Vontade?

Graças ao avanço da Medicina foi possibilitado a construção de um instrumento jurídico chamado “Diretivas Antecipadas de Vontade”. Esse instrumento foi aprovado no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil em 2012, por meio da Resolução CFM n.º 1.995, de 31 de agosto de 2012.

As Diretivas Antecipadas de Vontade, também conhecidas como “testamento vital”, visam a assegurar a vontade do paciente terminal de morrer com dignidade, garantindo a ele manifestar de forma prévia quais tratamentos médicos ele deseja ou não caso futuramente estiver em estado de incapacidade.

Quem tem o direito de usar esse instrumento jurídico? As Diretivas Antecipadas de Vontade podem ser feitas por qualquer pessoa com mais de 18 anos de idade e que seja legalmente capaz.

Vale ressaltar que é importante que esse documento seja feito junto de um médico, para orientação de termos técnicos. É importante frisar que não é necessário que o documento seja feito por alguém da área do direito e nem mesmo necessita ser aprovado por um advogado. O paciente pode apenas escrever e entregar para o médico, que deve anexar ao prontuário.

As Diretivas Antecipadas de Vontade podem ser revistas e alteradas a qualquer momento, desde que o paciente esteja pleno gozo de suas capacidades no momento da alteração. Conseqüentemente, o paciente terá uma autonomia maior. Isso é importante, pois devem ser considerados seus direitos fundamentais, uma vez que viver com dignidade não significa viver a qualquer custo.

Esse reconhecimento da autonomia do paciente repercute de forma direta nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente, pois é verdade que a relação entre médico e paciente consiste em um contrato de prestação de serviços, no qual são estabelecidos direitos e obrigações de ambos os lados. Dito isso, a relação médico-paciente deve ser um relacionamento interpessoal de qualidade, sob questões estruturais e a ética, que parte de um olhar diferenciado em direção ao paciente no fim da vida.

Vale citar o artigo do Código de Ética Médica como uma obrigação e responsabilidade do médico nessa relação:

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. Ou seja, o Médico como prestador de serviço, ele deve informar ao paciente sobre todos os aspectos de sua doença, da conduta e seus riscos.

Eduardo Dantas e Marcos Coltri assim afirmam em seu livro “Comentários ao Código de Ética Médica” (DANTAS, 2010, p. 105):

Por adequação entende-se a prestação das informações sobre o quadro do paciente, quais são as opções de procedimento, quais as consequências de cada um dos procedimentos, possíveis benefícios dos procedimentos e, principalmente, quais os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos. Ainda o paciente deve ser informado sobre as consequências e os riscos inerentes a não adoção de procedimentos.

Quando a morte chega, a atenção e o cuidado com a família devem continuar e os profissionais de saúde têm significativo papel nesse momento. Deve-se deixar o parente falar, chorar, desabafar, se necessário. Deve-se deixar que participe, converse – é importante ficar à disposição. É muito importante haver uma humanização maior na Medicina.

Explica os referidos princípios Maria Helena Diniz (DINIZ, 2006, p. 648-649), que assim dispõe:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados.

Consequentemente as Diretivas Antecipadas vão entrar na relação médico-paciente, pois permitirão maior autonomia ao paciente e servirão de meio hábil para resguardar o médico de eventual responsabilização ao fazer ou não uso dos tratamentos e dos cuidados dispensados pela escolha prévia do paciente ainda capaz.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES DE TERMINALIDADE DA VIDA

A luta pela implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade advém do respeito à liberdade, que cada pessoa humana possui, de tomar decisões de acordo com sua vontade. Cada indivíduo possui o direito de decidir o que entende por bom ou ruim para si próprio, como optar ou não por tratamentos médicos extraordinários no fim da vida. O instituto das DAVs pressupõe, portanto, a autonomia individual, corolário da liberdade e da dignidade da pessoa humana, princípio que foi concebido de diferentes maneiras pelo nosso ordenamento jurídico com o passar dos anos.

Diante do anteriormente exposto, antes de adentrar o estudo das DAVs propriamente dito, mostra-se essencial uma abordagem prévia sobre o conteúdo da autonomia e de como essa prerrogativa necessidade imperiosa de regulação de um documento de disposições prévias de vontade do paciente terminal no Brasil.

3.1. Da autonomia como expressão da liberdade individual

A autonomia, nos dizeres de Eduardo Dantas (2022, p. 443 e 444), trata-se de:

Necessário se faz compreender que o princípio da autonomia interpreta os melhores interesses do paciente exclusivamente a partir do ponto de vista do próprio enfermo, sem levar em conta o valor objetivo que a medicina reconhece a cada situação, o que pode levar – por óbvio – a concordâncias com a opinião médica, técnica, científica, ou mesmo à absoluta discordância com o caminho proposto. O modelo autônômico tomará por baliza o juízo de valor próprio e específico de cada indivíduo, em função de seus ideais, crenças e formação, respeitando assim o direito do paciente à autodeterminação.

Continua Eduardo Dantas nas páginas 445 e 446 da obra antes mencionada:

O princípio da autonomia é muito bem demonstrado no sistema jurídico brasileiro, a começar pelas disposições do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. A autonomia, no tocante ao tratamento médico, tem sua expressão máxima no direito à recusa de tratamento.

No entanto, esta autonomia não é absoluta. Nesse sentido, expõe Daniel Sarmiento (2008, p. 155):

Essa autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. Se autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional.

Pelo viés axiológico (valores) da utilidade das Diretivas Antecipadas de Vontade, convém aprofundar-se no estudo da autonomia privada, princípio que pode significar duas concepções distintas, levando a doutrina majoritária a separá-las em dois conceitos, a autonomia privada e a autonomia da vontade, que serão tratadas a seguir.

3.2. Da evolução histórica da autonomia privada no Brasil

A etimologia da palavra autonomia tem origem na conjunção das expressões gregas “*autos*” (si mesmo) e “*nómos*” (lei), segundo a qual, cabe à cada pessoa o direito de guiar-se segundo suas próprias regras. A forma com que o direito brasileiro tutela essa prerrogativa corroborou para a atual concepção do princípio da autonomia privada, tendo sido precedida, de acordo com o entendimento doutrinário predominante, pela noção da autonomia da vontade.

Segundo Francisco Amaral (2008, p. 345), “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. Dessa forma, enquanto a autonomia da vontade seria apenas a manifestação subjetiva de vontade, exercida em liberdade por cada indivíduo dentro do campo jurídico, a autonomia privada caracteriza-se pelo poder de criar normas e atribuir a si mesmo um ordenamento jurídico complementar ao do Estado.

Os primórdios do princípio da autonomia da vontade situam-se na pós-modernidade, quando se institucionalizou o Estado liberal de direito, fruto dos ideais libertários advindos da crescente burguesia e consagrados com a Revolução Francesa de 1789. Entendia-se que os cidadãos tinham plena capacidade de se autorregular e que, por isso, o poder público deveria interferir minimamente nas relações individuais, mesmo porque, na época, “a autonomia era vista como autossuficiência” (DADALTO, 2010, p. 10) e qualquer ingerência do Estado na esfera individual representava um risco à liberdade, à vida, à individualidade familiar e até à propriedade e ao mercado.

Nesse cenário, a autonomia e as demais prerrogativas individuais eram apenas garantias formais, não importando ao poder público que fossem realizadas concretamente. Não significava que o Estado era negligente, pelo contrário, acreditava-se que a não

imposição de diligência alguma nas relações privadas era o caminho certo para a melhor tutela dos direitos fundamentais. Nesse quadro histórico, emergiu a aclamação formal dos direitos de primeira geração, grandes avanços na realização de negócios jurídicos, aumento da industrialização, modernização e explosão do mercado de capital, mas, também, verdadeiras injustiças como consequência dessa irrestrita soberania da vontade individual.

Foi após a Primeira Guerra Mundial que se entendeu que, por conta própria, o indivíduo não seria capaz de garantir seus próprios interesses sem invadir a esfera alheia. Era preciso buscar a justiça material, preocupação que fundamentou a eclosão de um novo paradigma, o Estado Social. Já nessa época era possível identificar a releitura do princípio da autonomia da vontade para introduzir a noção de autonomia privada – mesmo que incompleta –, ao passo que, ao menos idealmente, buscava-se atender esse e outros direitos fundamentais de modo mais objetivo e concreto através do Estado e suas instituições.

Sob a égide do Estado Social, surgem os chamados direitos de segunda geração, de conteúdo econômico e social, que buscavam melhores condições de vida aos cidadãos, tais como o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia, exigindo do Estado uma atuação positiva em prol dos indivíduos (BRADBURY, 2006). Contudo, esse regime jurídico-político não conseguiu garantir a justiça social da forma promulgada.

Foi apenas com a emergência do paradigma do Estado democrático de direito, que presentemente nos rege, que se verificou a coexistência pacífica e complementar da autonomia dos cidadãos – que “tem por fundamento a liberdade do indivíduo” (DADALTO, 2010, p. 11) – e as funções estatais.

A sociedade jurídico-política está fundada na democracia e na soberania popular, ou seja, na ideia de que o povo participa ativamente na escolha de representantes políticos que, eleitos, devem pautar-se exclusivamente na efetivação do bem-estar desses cidadãos, utilizando-se de instrumentos formais que auxiliam na conformação das garantias fundamentais e de valores sociais de convivência humana.

Sob a égide do atual paradigma, a autonomia privada é compreendida como o papel essencial que a vontade dos cidadãos desempenha na atuação das instituições e na conformação do próprio direito. Segundo estabelece Roxana Borges (2007, p. 47-48):

Entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Dessa forma, vê-se a reformulação do entendimento que se tinha acerca da vontade individual como comando que apenas imperava no âmbito das relações pessoais (autonomia da vontade) para o estabelecimento de um verdadeiro poder jurídico de autorregulamentação, conferido pelo direito e nele consolidado (autonomia privada), observando as noções de soberania popular e de supremacia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, as Diretivas Antecipadas de Vontade ganham maior relevância e são instrumentos jurídicos à disposição do indivíduo para que a sua vontade seja garantida objetivamente, ou seja, tenha reflexo no ordenamento jurídico, orientando a criação de leis que garantam o cumprimento dos interesses de cada um.

3.3. Da autonomia privada como princípio corolário da dignidade humana

O Estado democrático de direito é marcado por uma releitura dos direitos da personalidade e das garantias fundamentais, que foram ampliados, tiveram reconhecida a sua normatividade e passaram a ter, em sua base, a dignidade da pessoa, um dos princípios estruturantes de toda a ordem constitucional (CF, art. 1, III). Nas lições de Roberto Barroso (2012, p. 13), “a dignidade humana é um atributo concebido desde a Roma antiga – *dignitas hominis* – passando por diversos marcos que lhe ressignificaram até alcançar o notável relevo constitucional que existe hoje no mundo todo”.

O Iluminismo e o advento da modernidade – estudado no tópico anterior –, que trouxeram consigo uma releitura expressiva da noção de dignidade, tal como sucedeu ao princípio da autonomia e das garantias individuais como um todo. Importante destacar, nesse processo, as influências de grandes filósofos como Hobbes, Locke, Rousseau e, particularmente, Kant.

A Segunda Guerra Mundial foi um importante marco histórico no processo de constitucionalização e de proteção dos direitos individuais, visto que foi palco de verdadeiros horrores e atentados às garantias individuais da pessoa humana. O período pós-guerra foi importante para o delineamento da noção do princípio da dignidade, que foi incorporado ao plano jurídico, amplamente examinado em diversos tratados, documentos internacionais e nas constituições nacionais.

3.4. Da autonomia da pessoa inconsciente

A visão kantiana de que é a razão que diferencia o homem de outras espécies é unânime. Essa afirmativa traz consigo um questionamento importante de como

fica o mentalmente incapaz. Em atenção a essa pergunta, o médico Eduardo Almeida responde que, na verdade, o pré-requisito da consciência, assim como a dignidade, são “características biológicas do *Homo sapiens*” (ALMEIDA, 2010, p. 384), ou seja, inerentes ao potencial humano, ainda que, por motivos extraordinários, tais atributos não se encontrem em plenitude.

O autor (ALMEIDA, 2010, p. 384) ressalta, contudo, que a assertiva acima não se aplica à noção de autonomia, “que não pode ser considerada apenas como possibilidade inerente, mas somente como capacidade efetiva, materializada nas escolhas morais da vida social”. É que, para Almeida (2010, p. 384), “uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir em direção a esta deliberação, considerando os valores morais do contexto no qual está inserido”. Nesses termos, concorda Barroso ao afirmar que a autonomia pressupõe o preenchimento de algumas condições, das quais destaca “a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais), e a escolha (a existência real de alternativas)” (BARROSO, 2012, p. 81-82). Em conclusão, os autores colocam a razão (consciência) como um requisito essencial ao exercício da autonomia, não se podendo conceber autônoma, segundo essa linha de pensamento, uma pessoa que nasceu sem ou perdeu suas capacidades cognitivas, temporária ou permanentemente.

Na parte médica, considera-se a autonomia do paciente para que tome ciência e participe de todo o processo decisório de seu tratamento – princípio que orienta o consentimento informado, melhor detalhado adiante – apenas se dotado de habilidade cognitiva para entender as informações que lhe são repassadas e emitir suas preferências. Caso contrário, segue o tratamento através da vontade da família ou, na ausência dessa, da própria equipe médica.

Dessa forma, fica evidente que a incapacidade mental de um indivíduo para exercer sua autonomia diante das suas possibilidades terapêuticas torna-o vulnerável às injustiças e aos abusos médicos. Nas conclusões, tomadas por Eduardo Almeida (2010, p. 386), “deve haver, portanto deve-se buscar, uma forma de garantir o direito à autodeterminação na ausência de capacidade para a tomada de decisão”. As Diretivas Antecipadas de Vontade, no ponto, mostram-se como importantes instrumentos jurídicos, que garantem a expressão de suas escolhas, registradas previamente, de como serem tratadas no fim de suas vidas.

3.5. Da atuação médica no fim da vida

Inicialmente, importante ressaltar que, também no âmbito da medicina, a consideração pela dignidade do paciente acompanhou as significativas transformações

ocorridas na sociedade. O fim da vida, até a era moderna, era compartilhado pela família e pela comunidade, consequência de um decurso de vida normal e incontrollável, normalmente resultante de doenças degenerativas, das quais não se tinha muito conhecimento de cura. A partir de meados do século XX, no entanto, com os referidos avanços da ciência médica, viu-se transformar o processo do morrer e até mesmo a concepção de morte.

Um exemplo concreto dessa transformação é, inclusive, a substituição do critério de morte cardiorrespiratória, que deu lugar, a partir da metade do século XX, à morte encefálica. No Brasil, esse critério foi adotado pela primeira vez em 1968 e regulado pelo CFM, em 1997, com a Resolução n.º 1.480, de 08 de agosto de 1997 (RODRIGUES *et al.*, 2013, p. 272-274). Lembra-se, ainda, uma série de transformações sociais impulsionadas por acontecimentos como a modernização, a Revolução Francesa e a industrialização, as guerras mundiais, a secularização e a insurgência de novas ideias e visões de mundo, que foram responsáveis por uma completa mudança na forma de tratamento de pacientes em estágio terminal de vida.

Na medida em que ocorria o aprimoramento da medicina, a equipe médica recebia a centralização de todo o processo de tomada de decisões envolvendo a saúde dos enfermos por seu maior conhecimento científico e terapêutico. Esse paternalismo médico perdurou até a década de 1970 aproximadamente e tem dado lugar, felizmente, a um respeito cada vez maior pela autonomia dos pacientes. O primeiro passo para isso ocorrer deu-se, principalmente, graças às contribuições decorrentes do surgimento da medicina paliativa, que se propôs a uma nova administração do processo do morrer com o controle da dor, a atenção ao estado psicológico do enfermo e de sua família e a prioridade por suas necessidades sociais e espirituais, sempre com o objetivo de oferecer mais dignidade ao paciente em estado terminal.

Nesse contexto, as normas éticas passaram a atuar, cada vez mais, como princípios norteadores da relação médico-paciente, que também influenciam na concepção de um ramo de estudo denominado de bioética. Surgem paulatinamente novas demandas por uma participação maior do paciente no acompanhamento e na tomada de decisões que envolvam os tratamentos de saúde. Nas palavras de Roxana Borges (2007, p. 231), “hoje se reivindica a reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte”.

Eduardo Dantas (2022, p. 451) discorre:

É preciso sinalizar de maneira inequívoca se o respeito a autonomia é pedra angular da relação médico-paciente, ou se a decisão, a opinião, ou em última análise, a dignidade

do paciente, pode ser relativizada ao sabor da contrariedade do médico, ao não concordar com o direito daquele primeiro à autodeterminação.

Se este for o caminho, ainda assim haverá necessidade de modular as consequências, uma vez que tal caminho contraria a legislação, ofende princípios bioéticos já historicamente assentados, e se põe em rota de colisão com o próprio Código de Ética Médica.

Impõem-se, portanto, uma correção de rumos, em prol de um diálogo mais produtivo entre o Direito e a Medicina, em respeito ao paciente e aos médicos, uma vez que ao possibilitar a atuação com transparência, regras claras e segurança jurídica ganham todos, reforçando a tão almejada humanização da assistência em saúde, minimizando riscos de uma desnecessária judicialização.

3.6. Dos conceitos de eutanásia, de morte assistida, de distanásia e de ortotanásia

A ampliação dos debates sobre a participação dos pacientes no processo da terminalidade de vida e os limites da autonomia individual são temas que envolvem, necessariamente, os conceitos da morte assistida, da eutanásia, da distanásia e da ortotanásia.

Segundo Roxana Borges (2005, p. 6), o primeiro sentido da palavra eutanásia, do grego *euthanatos*, significava “boa morte” ou morte sem dor, referindo-se aos atos de tornar mais “doce” o fim da vida, mediante o controle dos sofrimentos psicológico e físico, tal como ocorre na medicina paliativa. A palavra deriva da junção dos vocábulos gregos *eu*, cujo significado é bem, bom, e *thanatos*, que quer dizer morte. Essa noção, no entanto, foi sendo substituída por uma ideia de interferência, de modo que, atualmente, “tem se falado de eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a” (BORGES, 2005, p. 6).

Heloísa Barboza (2010, p. 41-42) distingue alguns tipos diferentes de eutanásia, podendo ser ativa, envolvendo uma ação propriamente dita do médico, como a administração de uma injeção letal; ou passiva, caracterizando-se pela omissão de recursos, como algum medicamento; e voluntária, atendendo ao pedido formulado pelo doente/paciente; ou involuntária, promovida sem o consentimento expresso.

A morte assistida, assim como a eutanásia, é uma forma de auxílio promovida por terceiros, normalmente pela equipe médica, ao adiantar a morte de pacientes com a saúde comprometida. Diferenciam-se no sujeito que pratica a ação que causa diretamente o sacrifício da vida. No primeiro caso, o próprio paciente é quem age, através de meios materiais recomendados ou fornecidos por outra pessoa – prescrição de drogas letais, por exemplo. Já na eutanásia, são terceiros que praticam uma conduta que induz o óbito. Embora decorram de um sentimento nobre de piedade, qual seja, poupar o paciente do

sofrimento, ambas as condutas são consideradas ilícitas em nosso ordenamento jurídico, entendendo-se a eutanásia como incurso no tipo penal de homicídio (Código Penal [CP], Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 121) e a morte assistida como o crime de auxílio a suicídio (CP, art. 122). O máximo que se vê, a depender do caso, é o abrandamento da pena pelo juiz, reduzindo-a de um sexto a um terço em função do valor moral que motivou o agente.

A distanásia, por sua vez, representa a manutenção artificial da vida. Ocorre quando a equipe médica continua valendo-se de meios extraordinários para postergar a morte ao seu máximo, mesmo que ela seja iminente e irreversível. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 316), “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa a prolongar a vida, mas, sim, o processo de morte”.

Essa obstinação terapêutica não oferece ao paciente chances de cura ou de sobrevida plena e, na maioria das vezes, acaba por intensificar seu sofrimento e o de seus familiares. Embora tal ação não seja considerada crime no Brasil, é reprovável eticamente, principalmente de acordo com os princípios da bioética que, atualmente, orientam a medicina (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 25). Com a finalidade de evitar a distanásia, pratica-se a ortotanásia, do grego *orthothanatos*, que significa, etimologicamente, permitir a morte no tempo certo. Refere-se justamente ao ato a junção das palavras *orto* (certo) e *thanatos* (morte). Ato de dispensar tratamentos artificiais, que prolonguem a vida do paciente, quando não há mais possibilidade de recuperação, deixando que a morte se dê em seu tempo natural, evitando, assim, a prolongação de seu sofrimento.

Roxana Borges (2005, p. 8) ressalta que a ortotanásia é praticada exclusivamente pelo médico. Para ocorrer, é necessária a segurança no prognóstico de impossibilidade de cura e de morte inevitável, eis que, sem essa certeza, poder-se-ia incorrer na prática da eutanásia passiva. Fica evidente a semelhança entre a eutanásia passiva e a ortotanásia, cabendo uma análise acerca da diferenciação que a doutrina oferece desses dois conceitos. Luciana Dadalto (2013, p. 56) entende que, “enquanto na primeira se abstém de realizar os tratamentos ordinários mais conhecidos pela Medicina como cuidados paliativos, na segunda se abstém de realizar tratamentos extraordinários (fúteis), suspendendo os esforços terapêuticos”.

Em outras palavras, a eutanásia passiva ocorre quando o processo da morte ainda não está instado e o médico menospreza as possibilidades terapêuticas de cura ou de sobrevida útil, abstendo-se de tratamento essencial ao paciente com o fim de adiantar sua morte e poupá-lo da agonia que lhe acomete. No caso da ortotanásia, no entanto, o profissional de saúde, quando suspende os cuidados médicos, só o faz diante de uma morte que já é certa e evidente, deixando que ela ocorra no seu tempo.

Em síntese, a ortotanásia representa uma consideração ética pela vida do paciente, tendo em vista que, nas palavras de Roxana Borges (2005, p. 3), “o prolongamento artificial do processo de morte é alienante, retira a subjetividade da pessoa e atenta contra sua dignidade enquanto sujeito de direito”. Não se cuida de uma renúncia do direito à própria vida nem da escolha pela hora da morte, trata-se, na verdade, de uma opção do paciente por passar os seus últimos momentos com mais conforto e dignidade.

3.7. Do consentimento livre e esclarecido do paciente

De acordo com as explicações oferecidas no último tópico, a discussão sobre a eutanásia e a ortotanásia coloca dois direitos do paciente em destaque: o direito de morrer e o direito à morte digna. O direito de morrer envolve, de certa maneira, a liberdade e o poder de autodeterminação de cada um para fazer uma escolha pessoal, que é a de tirar a própria vida. Dessa forma, nem o Estado ou terceiros podem impedir isso. Nesse sentido, não há como penalizar o suicídio, nem evitar efetivamente que alguém o tente. Contudo, verificou-se que o direito brasileiro, com respaldo na inviolabilidade da vida, garantida no art. 5º, caput, da Constituição Federal, proíbe que terceiros sejam responsáveis ou auxiliem alguém a cometer suicídio, ainda que para aliviar sofrimentos físicos ou psíquicos de uma enfermidade, tipificando as condutas da eutanásia e da morte assistida, anteriormente conceituadas.

Sob esse aspecto, não é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro tutela um direito de morrer, como uma obrigação oponível a terceiros de serem coniventes com o adiantamento da morte fora do seu tempo natural. Quando se justifica a permissão e até mesmo a defesa da ortotanásia, no entanto, parece óbvio que o direito trata da morte digna como uma prerrogativa inerente ao paciente e de respeito obrigatório perante todos.

De acordo com Roxana Borges (2005, p. 5):

A tentativa de suicídio não é crime, pois o Estado não pretende aumentar o sofrimento daquele que tentou o suicídio. O direito de morrer dignamente (...) refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte

de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. (...) Defender o direito de morrer dignamente não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente.

É de conhecimento público que há quem defenda a ideia de que uma morte digna deve conceber, necessariamente, o respeito à autonomia privada do paciente de escolher a hora em que quer morrer, não como mera autonomia subjetiva da vontade, mas como

um verdadeiro poder jurídico de autorregulamentação oponível a terceiros, de forma que a proibição da eutanásia também representaria uma ofensa à dignidade desse indivíduo. Nas palavras de Roxana Borges (2005, p. 4), “a intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade”.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como em diversos outros países, optou por colocar o direito à vida sob melhor guarda que a dignidade, seja ela entendida, neste específico ponto, como a garantia pelo não sofrimento ou pela autonomia para decidir quando morrer. Desse modo, o princípio da dignidade, mesmo que atue também como valor intrínseco aos demais direitos fundamentais, não é absoluto e está passível de certa relativização em situações concretas.

Barroso (2012, p. 64) explica que “embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente”.

No que diz respeito à ortotanásia, de outro lado, não parece correto supor a existência desse conflito entre as referidas garantias fundamentais, tendo em vista que a suspensão de tratamentos médicos fúteis, repita-se, não configura a causa da morte, inexistindo ofensa ao direito à vida. “O princípio da não-futilidade exige o respeito pela dignidade da vida” (BORGES, 2005, p. 4). Nada justifica, dessa forma, a obrigação de um profissional de saúde em sustentar cuidados extraordinários, que apenas mantêm o corpo biológico em funcionamento quando a vida em si já se esvaiu.

A ortotanásia, nesse sentido, é medida que se impõe não apenas como uma atitude ética do médico, mas como expressiva defesa à dignidade do paciente diante da morte. O ideal, se ocorrida com o consentimento do paciente, seja no momento presente ou por meio de declaração prévia de vontade.

4. AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

4.1. Do conceito e das modalidades

Diretivas Antecipadas de Vontade são institutos jurídicos capazes de conferir força à vontade do paciente que se encontra impossibilitado de expressar qualquer preferência sobre o fim da sua vida. São documentos elaborados previamente a um estado de incapacidade cognitiva, em que o indivíduo expressa sua anuência ou discordância acerca de tratamentos extraordinários, que prolonguem o processo da morte, ou, então, escolhe alguém que possa decidir em seu lugar.

Nesse sentido, explica Dadalto (2022, p. 19): “Atualmente, as DAV não tratam apenas de desejos para o fim de vida, sendo entendidas como documentos de manifestação de vontade prévia que terão efeito quando o paciente não conseguir manifestar livre e autonomamente sua vontade.”

É interessante destacar a importância do profissional da medicina na sua relação com o paciente e o momento de determinar que ele não é mais capaz de decidir sobre seus cuidados.

Além das DAVs, existem muitos outros instrumentos jurídicos, previstos no direito estrangeiro, em que se pode expressar, antecipadamente, escolhas individuais sobre os mais diversos procedimentos médicos, não só no estágio final, mas em outras circunstâncias de saúde. No entanto, no Brasil o conhecimento é muito pequeno, o que dificulta demais a sua aplicação e a eficácia jurídica.

Neste trabalho, adotou-se a exposição didática de Luciana Dadalto acerca do tema, que considera, a partir do modelo americano, duas as espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente em estado terminal: o Testamento Vital e o Mandato Duradouro.

O Testamento Vital adquiriu diversos nomes ao ser tratado pela doutrina brasileira, consequência das muitas possibilidades de tradução da nomenclatura americana *living will*, que foi a pioneira do instituto. Algumas das terminologias adotadas, além de Testamento Vital, são Testamento Biológico, Manifestação Explícita de Própria Vontade, declarações prévias de vontade e instruções prévias, entre outras.

De acordo com a definição de Luciana Dadalto (2014, p. 9):

O testamento vital é um documento, redigido por uma pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver com uma doença ameaçadora da vida, fora de possibilidades terapêuticas e impossibilitado de manifestar livremente sua vontade.

A autora considera a expressão “testamento vital” inadequada, visto que não se trata de um documento com eficácia *post mortem*, mas, sim, durante a vida do paciente, sendo equivocado relacionar o instituto com o testamento civil tradicional. Na tentativa de encontrar uma nomenclatura mais adequada ao documento, Luciana Dadalto (2010, p. 5) propõe o seguinte:

Chegou-se ao nome “declaração prévia de vontade para o fim da vida”, por meio de verificação de que o documento comumente chamado de “testamento vital” é, na verdade, uma declaração de vontade que será utilizada pelo paciente em estágio de fim de vida, mas que deve ser manifestada previamente à esta situação.

Joaquim Clotet (2003, p. 84), por sua vez, ao adotar a nomenclatura “Manifestação Explícita de Própria Vontade” (MEPV), assim conceitua:

A MEPV abrange o tratamento médico que seria desejado, assim como a recusa de possíveis tratamentos específicos, em estados de inconsciência ou de demência irreversíveis, ou na situação de paciente terminal por causa de doença ou acidente. Esta é a forma mais generalizada para fazer, manter ou tornar efetivas decisões sobre futuros estados de saúde com incapacidade de decisão.

A partir das definições acima elencadas, é possível extrair algumas conclusões sobre o testamento vital, que, depois de feito, vincula a equipe médica, os familiares e o próprio Estado no cumprimento de suas disposições. Ele ganha eficácia apenas quando sobrevier a terminalidade de vida marcada pela inconsciência, ou seja, não é aplicável a toda e qualquer doença terminal ou momento de inconsciência, mas deve preencher essas duas circunstâncias juntas. O testamento vital não dispõe de opções do paciente, expressas de antemão, por todo o tipo de tratamentos médicos na manutenção da saúde, mas refere-se, tão somente, à eleição de procedimentos que prolonguem artificialmente a sua vida, isto é, à opção ou não pela prática da ortotanásia.

Já a segunda espécie, o Mandato Duradouro, que também deriva do modelo norte-americano, especificamente do instituto intitulado “durable power of attorney for health care”, trata-se de uma procuração, em que o paciente confere poderes a uma ou mais pessoas para tomar decisões médicas em seu lugar, quando impossibilitado de fazê-lo por conta própria, ou seja, na superveniência da incapacidade cognitiva.

Para Matheus Mabtum e Patrícia Marchetto (2015, p. 117):

O mandato duradouro consiste na outorga de procuração referente aos cuidados com a saúde, portanto com poder duradouro, em que se nomeia um representante para tomar as providências cabíveis em nome do paciente não apenas em situações de terminalidade. Por meio do mandato duradouro, podem ser nomeados um ou mais procuradores para auxiliar os médicos na decisão de aceitar ou recusar um tratamento, em nome do mandante, se este estiver incapacitado para manifestar seu desejo. A decisão deverá sempre ser alicerçada nos valores e nos desejos dele.

Perante o exposto, fica claro que o Mandato Duradouro não é aplicável apenas nas situações de terminalidade de vida. É que, assim como ocorre com qualquer procuração

tradicional, na qual se descreve a circunstância em que o mandatário agirá como substituto, conferindo poderes mais amplos ou mais restritos a alguém, no Mandato Duradouro, o outorgado pode receber o direito de ser consultado pelo médico a respeito de qualquer decisão ou somente quando se tratar de tratamentos extraordinários na iminência de morte do paciente.

Em que pese tratem-se de Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente terminal, o Mandato Duradouro pode ser aplicado em outras situações diversas, por exemplo, na perda temporária da consciência. Cabe definir, por fim, quem pode ser nomeado procurador, se apenas pessoas próximas e afeitas ao paciente, tais como seus parentes e amigos – que conhecem melhor as suas vontades e interesses – ou se terceiros, entre eles o juiz, seu advogado ou médico, também poderiam assumir essa responsabilidade.

Por fim, cabe definir quem pode ser nomeado procurador, se apenas pessoas próximas e afeitas ao paciente, tais como seus parentes e amigos, por conhecerem melhor as suas vontades e interesses ou se terceiros, entre eles o juiz, seu advogado ou médico, também poderiam assumir essa responsabilidade.

Se o outorgado se recusa a cumprir os interesses conhecidos do paciente por convicções próprias, valores morais e religiosos ou mesmo por apego emocional, suas decisões poderão ser invalidadas. A melhor vantagem do Mandato Duradouro é a sua flexibilidade, havendo uma maior adequação entre a vontade do paciente, representada pelo outorgado, e o estágio de desenvolvimento técnico e científico da medicina. Dessa forma, o recomendável, para evitar qualquer dúvida ou revogação das Diretivas Antecipadas de Vontade, é fazê-la incluindo as duas modalidades, o Testamento Vital e o Mandato Duradouro.

4.2. Breves considerações sobre a experiência no Direito Comparado

As Diretivas Antecipadas de Vontade surgiram no mundo, em 1967, nos Estados Unidos da América, como proposta da Sociedade Americana para a Eutanásia de um “documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida” (DADALTO, 2008, p. 519).

Um novo modelo sobreveio logo em seguida, em 1969, na espécie de testamento vital, sugerido por Luis Kutner (1969, p. 539-554), em artigo denominado “O devido processo da eutanásia: O testamento vital, uma proposta”. O autor, em seu texto, aponta o *living will* como uma solução para que a equipe médica, ao suspender tratamentos médicos em doenças terminais sem cura, não seja responsabilizada penalmente pela prática de homicídio. Ambas as propostas originais, defendendo a possibilidade de dispor,

nas Diretivas Antecipadas de Vontade, até mesmo sobre a eutanásia, foram adaptadas para permitir, na maioria dos estados americanos, apenas a opção pela ortotanásia.

A primeira manifestação judicial norte-americana que tocou no tema do testamento vital surgiu com o caso Karen Ann Quinlan, ocorrido em New Jersey, no ano de 1973, em que a Suprema Corte desse estado reconheceu a preeminência da vontade da jovem paciente perante as escolhas médicas por tratamento extraordinário de sua saúde. Os pais adotivos de Karen Ann Quinlan entraram na justiça para requerer a suspensão do esforço terapêutico no tratamento da filha, alegando ser essa a vontade dela manifestada antes de entrar em coma e se encontrava em quadro clínico de inconsciência irreversível. O pedido foi negado em primeira instância, mas deferido pela Suprema Corte de New Jersey. Mesmo com o desligamento dos aparelhos, Karen ainda sobreviveu 9 anos no mesmo estado de saúde.

Nesse mesmo ano, devido à repercussão dessa jurisprudência, a Faculdade de Direito da Universidade de Yale, na Califórnia, propôs a edição da primeira lei tratando do instituto, o Natural Death Act, seguido de um guia elaborado por associações médicas californianas (“Guidelines and Directive”), instruindo o uso adequado de técnicas de prolongamento artificial de vida.

Embora com previsão no âmbito estadual, o *living will* só foi adquirir status de lei federal, nos EUA, a partir do “The Patient Self Determination Act” (PSDA)², editado em 1990 e promulgado em dezembro de 1991. O PSDA previu a obrigação dos hospitais e/ou casas de saúde de providenciar, no momento da internação de adultos capazes, as “advances directives”, informações escritas sobre quais seriam as preferências do paciente sobre decisões no fim da vida em caso de perda da consciência.

Essas “advances directives”, entendidas por Luciana Dadalto (2010, p. 64) como as Diretivas Antecipadas de Vontade, ficaram divididas em duas espécies em referido dispositivo legal: o *living will* (testamento vital) e o “durable power of attorney for health care” (mandato duradouro). Esse é o marco normativo que fundamentou a divisão conceitual da autora, adotada no presente trabalho.

A autora aponta dados do Ministério da Saúde estadunidense, demonstrando que somente 25% a 30% dos cidadãos norte-americanos utilizam as DAVs e menciona:

Autores justificam essa baixa adesão à falta de conhecimento do tema pela população, à falta de interação entre médico e paciente, à impossibilidade de se prever o que o paciente desejará diante de um diagnóstico fatal, à dificuldade dos indivíduos de transferirem seus desejos para um documento, à utilização de termos genéricos e ao custo da elaboração do documento, entre outros motivos. (DADALTO, 2015, p. 31)

2. Disponível em: <<https://hscethics.unm.edu/common/pdf/patient-self-determination-act.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

De fato, é muito importante uma maior interação entre o médico e o paciente, fornecendo mais esclarecimentos que possam possibilitar uma tomada de decisão do indivíduo quanto às Diretivas Antecipadas de Vontade.

Os Estados Unidos contam com outros documentos voltados ao registro das manifestações de vontade do paciente para serem utilizados em diversos momentos de vida, não apenas no estado terminal de uma doença³. Sendo um dos mais empregados, o “Physician Orders for Life-Sustaining Treatment” (POLST).

Com relação às formalidades do documento norte-americano de DAV, notadamente o Testamento Vital, exige-se que ele seja feito por pessoa maior de idade e capaz, escrito e assinado na presença de duas testemunhas, vindo a ter validade após 14 dias de sua elaboração, a fim de que o outorgante tenha um prazo considerável para mudar sua decisão. No entanto, o arrependimento e a posterior revogação do documento também podem ocorrer a qualquer outro momento, mesmo passados os dias de vacância. O cumprimento das diretrizes ali expostas, por sua vez, requer a confirmação por dois médicos de que o paciente realmente se encontra em estado terminal, segundo o modelo adotado nacionalmente (DADALTO, 2015, p. 190).

Quanto à possibilidade de dispor sobre a eutanásia, a prática é permitida somente em seis estados⁴, quais sejam, Washington, Oregon, Vermont, Novo México, Montana e Califórnia. Nos demais, é considerada inválida a escolha de pacientes por adiantar a morte.

No continente europeu, o tratamento normativo das Diretivas Antecipadas de Vontade inaugurou-se na Finlândia, na Holanda e na Hungria, na década de 1990, após a promulgação da PSDA (lei norte-americana).

Outros países da Europa só vieram a reconhecer um direito às DAVs após a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face às Aplicações da Biologia e da Medicina, também intitulada Convenção de Oviedo, realizada na Espanha em 1997. Essa convenção preconizou o dever de respeito pela vontade anteriormente manifestada pelo paciente quando ele já não puder mais fazê-lo. Nos seguintes termos, seu art. 9º preconiza que “(...) serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade”.

A referida diretriz foi acrescentada à legislação nacional da Bélgica em agosto de 2002, sendo o primeiro a fazê-lo após o Convênio de Oviedo. Importante destacar que na Bélgica, bem como na Holanda, o testamento vital pode prever, inclusive, a opção

3. Alguns deles: Physician Orders for Life-Sustaining Treatment (POLST), Value History e Advance Medical Care Directive. Acesso em: 26 set. 2022.

4. Disponível em: <<https://www.jn.pt/nacional/a-eutanasia-no-resto-do-mundo-5641675.html>>. Acesso em: 26 set. 2022.

pela eutanásia e em momento diverso do estado terminal de saúde. A prática é legalizada nesses países.

Em novembro de 2002, a Espanha reconheceu nacionalmente as “*instrucciones previas*” (DAVs) por meio da “Ley de Autonomía del Paciente”⁵ (Ley 41/2002), cuja constitucionalidade já foi, inclusive, confirmada pelo “Consell Consultiu de la Generalitat” de Barcelona. Importante destacar que o registro das Instruções Prévias e sua regulamentação específica variam em cada comunidade autônoma. Em todas as comunidades autônomas espanholas, exige-se o documento na forma escrita, a anexação ao prontuário médico e a nomeação de um procurador.

Na Alemanha, a previsão das Diretivas Antecipadas de Vontade (“*Patientenverfügungen*”) foi incluída formalmente no Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) em 2009, quando lhe foram aditados os §§ 1901 a 1904. Em 2010, os referidos artigos tiveram sua validade confirmada pelo Tribunal Federal alemão. O Código Civil alemão prevê que o médico, antes de seguir a determinação prévia de vontade do paciente, deve verificar se ela é atual, podendo ser revogada pelo autor a qualquer tempo, independentemente de forma ou de requisito. Caso não existam DAVs ou o documento não estiver atualizado, a equipe médica ainda assim deve se esforçar para cumprir a vontade do paciente, mesmo que presumida, consoante critérios concretos, a partir de convicções religiosas, pessoais ou étnicas.

É admitida a manifestação dos parentes ou de pessoas próximas do paciente para a aferição dessa vontade real ou presumida, desde que isso não implique em demora no tratamento. Importante se faz destacar que a eutanásia não é legalizada na Alemanha, mas que é permitido ao médico prescrever uma mistura letal a pedido do paciente – suicídio assistido⁶.

Já Portugal ratificou o Convênio de Oviedo através da Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º 1/2001, vindo a promulgar lei nacional sobre a matéria por meio da Lei n.º 25/2012⁷, que trata as DAVs como sinônimo de testamento vital. Vale destacar uma importante inovação: a previsão do prazo de validade de 5 anos para o documento, devendo ser ratificado após esse período, condizendo com a vontade mais atualizada do paciente.

A Lei portuguesa também previu a criação de um registro nacional (RENTV), criado pelo Ministério da Saúde português em 2014. O portal do Ministério na internet disponibiliza um modelo facultativo de testamento vital, que pode ser preenchido on-line

5. Disponível em: BOE.es - BOE-A-2002-22188 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Acesso em: 15 ago. 2022.

6. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/02/26/suprema-corte-da-alemanha-permite-suicidio-assistido.ghtml>. Acesso em: 15 jul. 2022.

7. Disponível em: https://saocamillo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/96/lei_portuguesa.pdf. Acesso em: 10 mai. 2022.

por qualquer cidadão e levado a um Agrupamento de Centros de Saúde ou a uma Unidade Local de Saúde, que salvará o documento no banco de dados do RENTV.

Foi divulgado, em 15 de abril de 2022, pelo jornal *Publico.pt*⁸ que só há 33 mil pessoas com um testamento vital válido registrado em Portugal e que, no primeiro ano da pandemia, o número de Diretivas Antecipadas de Vontade caiu muito, mas que, em 2021, voltou a aumentar. O presidente da Associação Portuguesa de Bioética defende que a lei deve ser alterada para aumentar a adesão aos testamentos vitais.

No caso da França, em que pese já existir legislação sobre as DAVs desde 2002, tratava-se de diploma legal muito vago e que não vinculava os médicos ao cumprimento das manifestações prévias de vontade do paciente terminal. Essa vinculação só ocorreu através da Lei n.º 2016-87⁹, que trata especificamente da matéria e altera o Código Civil francês para introduzir a previsão das DAVs. Dentre as novidades propostas na época pela legislação francesa, destacam-se a possibilidade de elaboração de um documento de DAVs por incapazes, desde que mediante autorização judicial; e a previsão de dois modelos já na própria lei, um para o preenchimento por pessoas saudáveis e outro para aquelas que já estejam acometidas por doença grave em estágio terminal. É notório que ambos ganham eficácia apenas no fim da vida marcado pela inconsciência, criam um registro nacional e preveem a revogabilidade das DAVs a qualquer tempo.

É importante, ainda, destacar o caráter vinculante da legislação francesa: as DAVs vinculam os médicos, que precisam levar em conta a vontade escrita pelo paciente para investigação, intervenção ou tratamento. Os médicos podem não seguir as DAVs quando o caso for urgente e não houver tempo para avaliar completamente a situação ou quando entenderem que a vontade do paciente é manifestamente inadequada à situação clínica dele. A decisão de não seguir as DAVs devem ser tomadas por um órgão colegiado e deve estar anotada no prontuário.

A Itália, em dezembro de 2017, aprovou a Lei n.º 219/2017, conhecida como testamento biológico ou biotestamento, que tem por finalidade precípua tutelar a liberdade da pessoa de rejeitar total ou parcialmente o tratamento a que vem sendo submetida. A Lei italiana prevê a Disposição Antecipada de Tratamento (DAT)¹⁰, em que a pessoa maior de idade e com saúde mental compatível pode antecipar futura incapacidade de autodeterminação. Dessa forma, pode ser elaborado um documento com tal finalidade, podendo-se, ainda, nomear um representante para agir em seu nome. O médico, diante de tal documento, vê-se obrigado a respeitar a vontade do paciente, não só para recusar o

8. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2022/04/15/sociedade/noticia/so-ha-33-mil-pessoas-testamento-vital-valido-registado-portugal-2002643>>. Acesso em: 26 out. 2022.

9. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6087/Testamento+Vital+%E2%80%9C%C3%89+importante+que+tenhamos+uma+legisla%C3%A7%C3%A3o+espec%C3%ADfica%E2%80%9D,+alerta+autoridade+no+assunto>>. Acesso em: 15 set. 2022.

10. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278411/biotestamento>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

tratamento, como também para renunciar a ele, observando que, pela legislação italiana, a nutrição artificial e a hidratação fazem parte dos tratamentos ofertados.

Na América Latina, promulgaram-se leis referentes às DAVs em Porto Rico, Argentina, México, Uruguai e Colômbia. No Brasil não há legislação sobre o tema, apenas Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Porto Rico foi o primeiro país a regulamentar, na América Latina, a declaração prévia de vontade em relação a tratamentos médicos em casos de saúde terminal ou estado vegetativo persistente. A lei atende ao direito de intimidade e reconhece a autonomia do indivíduo, em consonância com a constituição do país, que atesta o caráter inviolável da dignidade humana.

Em 2001, foi aprovada a Lei n.º 160¹¹, que permite a maiores de 21 anos em pleno gozo de suas faculdades mentais declarar-se sobre os tratamentos aos quais querem ou não ser submetidos quando estiverem em condição terminal ou em estado vegetativo persistente. Possibilita, ainda, nomear um procurador. As DAVs devem ser registradas em cartório, podendo igualmente ser declarada na presença do médico e de duas testemunhas que não sejam herdeiras. A Lei vincula o médico e a instituição de saúde à execução do documento. Uma peculiaridade dessa Lei, é que estabelece que, caso a paciente esteja grávida, a diretiva só será executada após o nascimento do bebê.

Na Argentina, as diretivas foram instituídas primeiramente nas províncias e posteriormente em âmbito federal. Em 2004, o Conselho Diretivo de Escrivães da província de Buenos Aires aprovou o Registro dos Atos de Autoproteção e Prevenção de Eventual Incapacidade, sendo forma de legalizar o testamento vital na província. Em 2007, Rio Negro tornou-se a primeira província a instituir o direito às DAVs de fato, pela Lei n.º 4.263, Ley de Voluntad Anticipada. Em 2008, foi a vez de Neuquén com a Lei n.º 2.611 e, em outubro de 2009, foi promulgada a Lei Federal n.º 26.529.

Questões referentes à autonomia do paciente dificultaram a aceitação do documento, requerendo nova discussão no parlamento para elaboração de outra lei que assegurasse esse direito. Pressionados pela população, que debatia os casos de Selva Hebrón e Melina Gonzalez, os legisladores promulgaram, em 2012, a Lei n.º 26.742¹², modificando alguns artigos do diploma anterior. De acordo com essa Lei, as diretivas podem ser elaboradas por pessoa maior de idade que seja capaz, dispondo sobre consentimento ou recusa de tratamento médico preventivo ou paliativo. A não ser que impliquem práticas que levem à eutanásia, o médico assistente está obrigado a aceitá-las. As DAVs deverão ser formalizadas

11. Disponível em: <https://www.lexjuris.com/lexlex/leyes2001/lex2001160.htm>. Acesso em: 15 jul. 2022.

12. Disponível em: https://www1.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/noticias_attachs/47/documentos/14574_6-18-22-revision-pezzano-ultimo.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022.

por escrito, diante de duas testemunhas, e registradas por escrivão público ou juizado de primeira instância, podendo ser revogadas pelo paciente a qualquer momento. Essa Lei também salvaguarda o profissional, advertindo claramente que ninguém que tenha agido conforme as diretivas será responsabilizado civil, penal ou administrativamente.

O texto legal foi muito criticado, entre vários aspectos, por não abranger menores de idade com discernimento, não criar registro nacional e não estabelecer a forma do documento. Apesar das críticas e dos problemas levantados quanto à execução do documento, é importante ressaltar que no país existe lei federal que regula a existência e a utilização das Diretivas Antecipadas de Vontade.

No México, a Ley de Voluntad Anticipada¹³ foi promulgada em 2008. Ela estabelece que o documento poderá ser elaborado por qualquer indivíduo capaz, enfermo em etapa terminal diagnosticada e também por familiares, quando o paciente se encontrar inequivocamente impedido de se manifestar e deve ser redigido e assinado em cartório. Se o paciente estiver impossibilitado de ir ao local, o documento poderá ser elaborado diante dos profissionais de saúde e de duas testemunhas e, em seguida, enviado para registro.

Parentes até o quarto grau não podem ser testemunhas, assim como pessoas que não compreendam a língua do paciente, condenadas por falso testemunho e menores de 16 anos. Um representante, cargo voluntário e não remunerado, mas compulsório depois de aceito, será nomeado. Seu dever é garantir que as disposições sejam cumpridas de forma exata, não exercendo a função de decisor substituto.

O documento poderá ser revogado a qualquer momento pelo paciente e, em casos de duplicidade, valerá o mais recente. O registro também poderá conter indicações sobre transplante de órgãos e de tecidos. O paciente deve informar à equipe de saúde sobre a existência das diretivas e esses profissionais deverão acatar as decisões nos termos prescritos. Caso as diretivas declaradas no documento sejam incompatíveis com os princípios éticos, morais ou religiosos do profissional de saúde, ele tem o direito de declarar objeção de consciência para se eximir da demanda. A Secretaria de Saúde será responsável por garantir e fiscalizar as instituições de saúde para que haja disponibilidade de pessoal qualificado e não objetor, a fim de que as diretivas sejam atendidas. É expressamente vedada a eutanásia.

Já no Uruguai, através da Lei n.º 18.473¹⁴, de abril de 2009, autorizou a declaração antecipada de vontade no território uruguaio, que foi regulamentada pelo Decreto n.º 385/2013¹⁵. De acordo com o texto legal, o paciente pode expressar antecipadamente sua vontade de se opor à futura aplicação de tratamentos e de procedimentos médicos que

13. Disponível em: <<https://docs.mexico.justia.com/estatales/distrito-federal/ley-de-voluntad-anticipada-para-el-distrito-federal.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

14. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/busqueda-documentos?=&Searchtext=18473&Chkleyes=1>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

15. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/decretos-originales/385-2013/1>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

prolonguem sua existência em detrimento da sua qualidade de vida. Essa manifestação restringe-se apenas aos casos de doença incurável, irreversível e em estado terminal.

O documento pode ser redigido por maiores de 18 anos, psicologicamente competentes, e a recusa ao tratamento ou ao procedimento só será válida se não afetar a vida de terceiros. Um representante deve igualmente estar indicado no documento, que, para ser reconhecido, deve estar assinado, ter sido testemunhado por duas pessoas sem vínculo com o médico assistente e elaborado de acordo com o formulário regulamentado pelo decreto. Deverá, ainda, ser registrado em cartório e incluído na história clínica do paciente. A declaração pode ser revogada a qualquer momento pelo paciente de forma verbal ou escrita.

É muito importante observar que o médico responsável deverá comunicar à comissão de bioética da instituição – caso exista – todos os casos de suspensão de tratamento de que trata essa Lei para que sejam analisados em até 48 horas após o recebimento, podendo levar ao não cumprimento das diretivas. Caso a comissão não se pronuncie, a suspensão será considerada tacitamente aprovada.

Na Colômbia, o tema das DAVs foram tratadas no código que regulamenta o acesso aos cuidados paliativos. A Lei n.º 1.733/2014 (última atualização em 31 de agosto de 2022), conhecida como Ley Consuelo Devis Saavedra¹⁶, determina que enfermos em fase terminal, crônica, degenerativa e irreversível têm direito às informações sobre sua doença e tratamento, à segunda opinião profissional, aos cuidados paliativos, a participar de forma ativa das decisões e a elaborar diretivas antecipadas. Estabelece que para registrar as DAVs é necessário ser maior de idade, estar em pleno uso das faculdades legais e mentais, saudável ou enfermo, e compreender as implicações do documento. Porém, não indica o procedimento para registro, não esclarece as diretivas permitidas ou se há prazo de validade. Além dos direitos dos pacientes, informa os deveres dos médicos e as obrigações das instituições de saúde pública e privada e permite ainda que o paciente disponha dos órgãos para doação no mesmo documento.

4.3. O tratamento da matéria na Constituição e nas leis brasileiras

Há poucas discussões sobre o assunto no Brasil e, por ser ignorada por políticos, deixa um vazio na legislação, criando certa insegurança nos profissionais de saúde. As DAVs nunca foram especificamente regulamentadas no âmbito jurídico, mas, apesar da pouca atenção dada ao tema, há diversas referências ao direito à recusa de tratamento na nossa legislação.

16. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1733_2014.html>. Acesso em: 25 set. 2022.

A Constituição Federal de 1988 apresenta, em seu artigo 1º, inciso III, o conceito de dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e, em seu artigo 5º, inciso II, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com o mesmo espírito de assegurar dignidade e liberdade, a Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003¹⁷, conhecida como Estatuto do Idoso, afirma em seu artigo 17 que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

O Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ainda afirma, em seu artigo 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”¹⁸. Esse dispositivo traduz a clara expressão da autonomia do paciente mediante os tratamentos a serem administrados. A interpretação desses conceitos pode embasar a defesa da validade das DAVs no nosso ordenamento jurídico.

Na esfera estadual existe, em São Paulo, a Lei n.º 10.241, Lei Mário Covas, de 17 de março de 1999¹⁹, cujo inciso XXIII do artigo 2º assegura aos usuários do serviço de saúde estadual o direito de “recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”. A garantia desse direito ecoa no Paraná pelo inciso XXIX do artigo 2º da Lei n.º 14.254, de 04 de dezembro de 2003²⁰ e, em Minas Gerais, pelo artigo 2º, inciso XXI, da Lei n.º 16.279, de 20 de julho de 2006²¹. Apesar da legislação possibilitar a disposição antecipada de tratamento, nenhum artigo dessas Leis garante qualquer direito ao paciente, caso ele esteja inconsciente ou impossibilitado de manifestar sua vontade. Igualmente, não orientam a respeito de qualquer documentação que respalde esse direito.

4.4. A Resolução n.º 1.805/2006 do CFM

Em 2006, o CFM editou uma resolução tratando especificamente sobre a ortotanásia, trazendo, logo em seu preâmbulo, a afirmação de que, em situações de terminalidade de vida irreversíveis, “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente”. Essa possibilidade, evidentemente, deve ser compatível com a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Assim, dispôs a Resolução CFM n.º 1.805/2006 (Publicada no D.O.U. em 28 de novembro de 2006, Seção I, pg. 169):

17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

18. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

19. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em: 15 set. 2022.

20. Disponível em: <<https://saude.mppr.mp.br/pagina-334.html>>. Acesso em: 15 set. 2022.

21. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais-dispoe-sobre-os-direitos-dos-usuarios-das-acoes-e-dos-servicos-publicos-de-saude-no-estado-2014-01-10-versao-consolidada>>. Acesso em: 15 set. 2022.

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 - decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

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

A regulamentação em destaque se deu apenas no âmbito de atuação dos profissionais da área de saúde, eis que se trata de um ato administrativo do CFM. Devido a isso, em 09 de maio de 2007, o Ministério Público Federal ingressou com a Ação Civil Pública n.º 2007.34.00.014809-3, na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, alegando que somente uma lei em sentido próprio poderia tratar do tema e que, na ausência de previsão legal autorizando, expressamente, a prática da ortotanásia, ela fica inserta no tipo penal de homicídio (CP, art. 121), não cabendo ao CFM permitir tal conduta. Ao apreciar o pedido de medida cautelar deduzido na inicial, em 23 de outubro de 2007, o juiz federal alinhou-se ao posicionamento do MP e suspendeu a eficácia da Resolução n.º 1.805/2006.

No entanto, em 2009, após a promulgação do novo Código de Ética do CFM e o amadurecimento da medicina sob a ótica da dignidade humana, o próprio Ministério Público alterou seu posicionamento, passando a entender a ortotanásia como uma ação que garante a morte digna do paciente. Diante disso, o magistrado da causa, ao acolher o novo parecer do “parquet” defendendo a competência do CFM e a legalidade da prática, julgou improcedente a Ação Civil Pública e reconheceu que “a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis realmente não ofende o ordenamento jurídico posto”. (TRF1, 2007).

4.5. A Resolução n.º 1.995/2012 do CFM

O tema específico das Diretivas Antecipadas de Vontade ganhou visibilidade no País após a promulgação da Resolução CFM n.º 1.995/2012²², que dispõe sobre o assunto visando a adequar a conduta médica. Consta, no artigo 2º da citada Resolução, que “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”.

22. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 19 set. 2022.

Essa resolução é um marco histórico, ainda que não consiga abordar todas as facetas do tema. Porém, é necessário ressaltar que esse dispositivo não legalizou as DAVs no País, pois não possui força de lei, uma vez que o CFM não tem competência para legislar. Apesar disso, por ser esse o primeiro regulamento, pode desencadear a legalização das diretivas, caso o ordenamento jurídico siga a tendência natural de se adotar previamente posições no âmbito ético para que o Poder Legislativo as consolide no âmbito jurídico posteriormente. O Projeto de Lei do Senado n.º 524/2009 discutia a temática, dispondo sobre o direito do paciente terminal. No entanto, esse Projeto acabou arquivado em 14 de abril de 2015 sem ter sido votado.

Apesar de não ser lei e de estar restrita à determinada classe profissional, a Resolução CFM n.º 1.995/2012 representou avanço importante. Nela estão alguns aspectos observados nas disposições de outros países quanto à elaboração do documento, como a possibilidade de designar representante; a determinação de que as diretivas prevaleçam sobre qualquer parecer não médico, inclusive sobre o desejo dos familiares; e a proibição das DAVs que estiverem em desacordo com o Código de Ética Médica. Porém, faltam aspectos importantes, como as atribuições do representante designado, a idade mínima para registro do documento, os tipos de tratamento que podem ser recusados ou se há prazo de validade.

A Resolução orienta que o registro das DAVs seja feito no prontuário do paciente, mas não menciona a necessidade de testemunhas, o que pode pôr em dúvida a veracidade e a validade do que está anotado. Dessa forma, sugere-se que se procure a orientação de advogado, registrando no cartório de notas o documento relativo às suas vontades quanto aos cuidados de saúde.

4.6. O Código de Ética do CFM (Resolução n.º 2.217/2018)

A Resolução CFM n.º 2.217/2018²³ revisou o Código de Ética Médica de 2009. Como na versão de 2009, o período para o conhecimento do Novo Código foi de 180 dias, ou seja, a Resolução entrou em vigor em 1º de maio de 2019. Entre as mudanças, o preâmbulo, com correção material implementada pela Resolução CFM n.º 2.222, de 23 de novembro de 2018, indica que são 26 princípios fundamentais, 11 normas diceológicas e mais 117 normas deontológicas.

Nesta ocasião, serão destacados apenas alguns aspectos gerais. Observa-se que ocorreu acréscimo no texto do princípio fundamental XXIII, das palavras veracidade e honestidade, ficando assim redigido: “Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção, independência, veracidade e honestidade, com

23. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2022.

vista ao maior benefício para os pacientes e para a sociedade”.

Eduardo Dantas e Marcos Coltri (2022, p. 86) mencionam:

Assim, o compromisso do pesquisador é com a objetividade dos fatos, ainda que estes contrariem os interesses de alguns grupos ou vaidades. A produção científica deverá ser regida – sempre – pela isenção e pela independência, não se curvando a interesses que possam vir a deturpar ou mascarar os resultados do trabalho de pesquisa.

O princípio fundamental XXVI é novo e determina que “A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados”.

Continuam Eduardo Dantas e Marcos Coltri (2022, p. 107 e 108):

Representa, portanto, o encontro com a situação real, onde nem sempre o ideal é possível. E dentro deste quadro, o que deve reger a relação com o paciente é a possibilidade de fazer o máximo, a partir das condições existentes, não podendo haver qualquer imputação de má conduta, se comprovado e registrado que o atendimento se deu com o respeito a estes parâmetros (meios técnicos e científicos disponíveis). Este novo inciso também guarda direta relação com o preconizado no art. 32 deste Código, inclusive quanto a necessária observância dos meios disponíveis ao médico, no momento de sua atuação profissional.

Nas normas diceológicas, os Direitos dos Médicos (III) vêm com uma mudança redacional entre Conselho e Comissão de Ética, acrescentando, nessa última, a lembrança de que nem sempre ela existe. Nos Direitos dos Médicos (IV) também ocorre a mesma inversão entre Conselho e Comissão de Ética, com o mesmo ressalvo quanto à existência ou não da Comissão de Ética. Nos Direitos dos Médicos (XI) é novidade e diz que “É direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado”.

No tocante ao termo de assentimento, previsto no parágrafo primeiro do artigo 101, a sua necessidade foi acrescida para além de crianças e adolescentes, passando a abrigar também “pessoa com transtorno ou doença mental ou em situação de diminuição de sua capacidade de discernir”. Isto faz com que os indivíduos com incapacidade de consentir sejam representados e tenham, porém, a possibilidade de assentir, após os devidos esclarecimentos no seu nível de compreensão.

Neste momento, é importante destacar o capítulo V, Relação com pacientes e familiares, do artigo 31 ao 42. Estabelece o art. 41:

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.

Segundo Eduardo Dantas e Marcos Coltri (2022, p. 107 e 108):

O parágrafo único deste artigo está em consonância com a Resolução CFM n.º 1.995/2012, que regulamenta as chamadas Diretivas Antecipadas de Vontade...

A obstinação terapêutica, o prolongamento artificial e por vezes doloroso, desconfortável – e em última análise, inútil –, de uma vida em estágio terminal irreversível, somente traz sofrimento ao paciente, aos seus familiares. Permitir que tratamentos sejam suspensos, sendo mantidos apenas os cuidados paliativos – a chamada ortotanásia –, deixando que a vida siga seu curso natural, com o mínimo de desconforto e o máximo de dignidade possível, deve ser entendido também como um ato de humanidade, objeto primeiro de uma medicina preocupada com o paciente, em vez de outros objetivos secundários. Há uma grande diferença, todavia, entre permitir a suspensão e procedimentos inúteis, mantendo cuidados paliativos, e a prática de abreviar a vida do paciente, mesmo que a pedido deste. Esta segunda, que pode se caracterizar tanto por ação quanto por omissão de conduta, seja através de suicídio assistido, seja por intermédio da prática da eutanásia, é terminantemente proibida sob o ponto de vista ético, e também condenável sob o prisma do direito criminal, punível em ambas as esferas.

Não cabe ao médico decidir quando terminar uma vida, ou mesmo auxiliar o paciente na tomada desta decisão. Deve ele, isso sim, adotar os meios possíveis para que o fim de vida seja digno, mantido o respeito pela individualidade de seu paciente, e não abreviar sua jornada, usando como pretexto uma doença terminal incurável.

E, se não pode fazê-lo com o consentimento expresso do paciente, menos ainda se a decisão fosse tomada por um representante legal.

4.7. A natureza jurídica, as características, os requisitos e o conteúdo possível para a sua elaboração

Nas Diretivas Antecipadas de Vontade, a espécie testamento vital é confundida com o testamento civil, disposto nos arts. 1.857 a 1.859 do Código Civil brasileiro, que assim estabelece:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo. (Grifo nosso)

Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

As DAVs, a seu turno, embora possuam características jurídicas semelhantes, diferenciam-se quanto ao fato de não trazerem disposições de natureza patrimonial e quanto ao momento em que ganham eficácia, na medida em que isso ocorre ainda durante a vida do seu outorgante e não após a morte. No entanto, apesar das diferenças, diversas regras aplicáveis ao testamento também o são para as Diretivas Antecipadas de Vontade. Como a declaração civil, também se configuram como um negócio jurídico, igualmente unilateral, personalíssimo e revogável.

A propósito dos requisitos para a elaboração das DAVs, seguindo os critérios do Código Civil, requer-se do indivíduo a capacidade para a prática dos atos da vida civil (CC, art. 104, I, c/c art. 3º e 4º), sendo aplicáveis, ainda, por analogia, as regras postas ao testamento, exigindo-se o pleno discernimento na manifestação de vontade, o que significa dizer, de maneira livre, informada e consciente (CC, art. 1.860 e parágrafo único).

Quanto à forma, deve-se seguir em atenção ao que dispõe o art. 107 do Código Civil, “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” Dessa forma, não há como se exigir nenhuma formalidade específica na elaboração das Diretivas Antecipadas de Vontade. Pode-se utilizar, na busca por um parâmetro, orientações postas pela doutrina, regras legais aplicáveis por analogia e apontamentos do direito comparado.

O Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo CNJ em São Paulo, nos dias 14 e 15 de maio de 2014, recomenda formalidades próprias das DAVs. Conforme já registrado, os enunciados não possuem força de lei, mas são orientações de especialistas da área, merecendo a devida atenção a diretriz em comento:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito. (CNJ, 2014)

Importante destacar que os tratamentos médicos especificados nas Diretivas Antecipadas de Vontade são, obrigatoriamente, extraordinários à manutenção da vida em estado terminal. Embora o enunciado tenha cometido o equívoco de não mencionar essa ressalva, ela é extremamente importante, tendo em vista a impossibilidade de se deixar de aplicar, no Brasil, cuidados médicos essenciais à saúde do enfermo. No entanto, nada

impede que as DAVs sejam elaboradas como um documento particular, recomendando-se, nesse caso, que tenha firma reconhecida em cartório e/ou seja feito na presença de testemunhas, para atestar que a assinatura é verdadeira e não pairar dúvidas quanto à simulação dos desejos de um paciente por outrem. Podem consolidar-se, ademais, por meio de declaração entregue diretamente ao médico no momento da internação ou em atendimento anterior, devendo, de preferência, ser registrada e assinada no prontuário hospitalar do paciente para comprovação posterior em caso de ser impugnada. A dispensa de tratamentos extraordinários pode ser feita, também, pela via judicial.

Existe a possibilidade de que a vontade do declarante seja manifestada por meio de áudio e/ou vídeo ou mesmo oralmente aos amigos, aos familiares e aos médicos, que atuam como testemunha nesses casos. Evidentemente as afirmações verbais não gravadas são muito mais difíceis de terem sua validade confirmada, bem como de salvaguardar o profissional de saúde de possíveis ações judiciais. Há, também, declarações compartilhadas digitalmente, por meio de depoimentos em redes sociais, como Facebook, Instagram, WhatsApp, entre outras formas de manifestações de vontade válidas.

Notadamente, quanto à validade das Diretivas Antecipadas de Vontade, prosseguindo na análise do Direito Comparado, parece mais adequada a regra de que a manifestação prévia terá validade imediata, conforme ocorre na Espanha. Há, ainda, o caso de Portugal, como já mencionado, que estabelece um termo final de 5 anos para as Diretivas Antecipadas de Vontade continuarem válidas, depois do qual se deverá reiterar a vontade manifestada. No ordenamento jurídico brasileiro, não obstante inexistam um prazo semelhante, deve-se sempre averiguar, antes de acatar a decisão previamente estabelecida do enfermo, se ela é atual. Ainda sobre a validade das DAVs, mostra-se essencial o adequado esclarecimento do declarante acerca da vontade que deseja expressar. Por fim, no que se refere à eficácia das DAVs no Brasil, é certo que o instrumento só surtirá efeito na iminência de um estado terminal de vida marcado pela inconsciência.

Com a finalidade de promover a publicidade das Diretivas Antecipadas de Vontade do Brasil, a exemplo do que ocorre em países como Portugal e Espanha, seria de grande valia a criação de um registro nacional desses instrumentos. Nesse sentido, Luciana Dadalto promoveu o RENTEV²⁴, uma espécie de banco de registro que, embora não seja oficial do País, já tem sido bastante utilizado pelos cidadãos e é de bastante proveito para fornecer aos profissionais de saúde um local em que podem se informar, na oportunidade do atendimento de pacientes terminais, a respeito da existência ou não de DAVs. Em linhas gerais, tendo por base o tratamento da matéria nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, as Diretivas Antecipadas de Vontade têm como conteúdo o consentimento

24. Disponível em: <<https://www.testamentovital.com.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ou o dissentimento para tratamentos extraordinários na manutenção de vida do paciente.

O testamento vital pode dispor, especificamente, sobre cada um dos tratamentos extraordinários ou tratar de maneira genérica da escolha ou da recusa pela ortotanásia. Da mesma forma, o mandato duradouro poderá outorgar poderes a alguém especificamente quanto a essa decisão de suspender tratamentos extraordinários ou deixar a cargo desse procurador todas as escolhas médicas possíveis.

Importante é destacar que não se pode confundir cuidados médicos fúteis com cuidados paliativos ou ordinários, que se referem àqueles procedimentos médicos que garantem qualidade de vida ao paciente terminal e/ou são utilizados no alívio dos sofrimentos físico e psicológico. A suspensão desses não é permitida ao profissional de medicina nem quando autorizada a ortotanásia.

No que diz respeito à proibição de disposições de vontade que contrariem a ordem jurídica vigente, a principal preocupação é que se preveja a prática da eutanásia, que, conforme já mencionado, é proibida no Brasil. Não se permite, com as DAVs, a opção pelo adiantamento da morte de ninguém, forçando o médico a atender essa vontade expressa do paciente. Na hipótese de existirem disposições prévias nesse sentido, considerar-se-á essa diretiva como nula, não estando o médico autorizado, igualmente, a praticar a eutanásia respaldando-se no cumprimento da vontade do enfermo.

Quando for constatado que determinados tratamentos dispostos nas Diretivas Antecipadas de Vontade não são os mais recomendados para o caso clínico do paciente, seja porque a sua enfermidade ainda possui formas de reversão ou de cura, seja porque a medicina já avançou nesse específico ponto, ter-se-á a revogação tácita das disposições.

4.8. O poder decisório dos médicos e dos familiares mediante a vontade expressa do paciente terminal

A elaboração de Diretivas Antecipadas de Vontade que estejam de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, ou seja, que não resultem na eutanásia, vincula, no estágio terminal de vida inconsciente de alguém, todos os envolvidos na tomada de decisão em seu lugar: a equipe médica, os familiares, amigos ou procuradores do paciente. Todos esses indivíduos deverão empreender esforços para seguir a sua vontade expressa ou conhecida.

Os parentes têm papel relevante na hora de orientar a equipe médica acerca da vontade conhecida do enfermo, atuando como testemunhas e conhecedores dos valores, preferências, pensamentos e crenças dele. Na ausência de disposições prévias do paciente, nesse esboço, é a vontade dos seus familiares e/ou responsáveis que deve ser seguida.

Contudo, diante da existência das DAVs, o poder decisório da parentela não pode se sobrepor aos desejos expressos do enfermo, eis que merecem maior guarida os interesses de quem tem a vida em jogo e será diretamente afetado pelo tratamento de saúde.

No que diz respeito ao poder decisório do médico, ele deve, igualmente, respeitar a vontade do enfermo e conduzir sua atuação com base nesse imperativo ético, regra que vale a qualquer outro profissional de medicina. Ele tem o direito de não acatar, se entender que a opção do enfermo não seja a melhor decisão para a sua saúde diante da possibilidade de cura ou reversão terapêutica, ou seja, quando se deparar com um estado de saúde que não é verdadeiramente terminal ou quando as Diretivas Antecipadas de Vontade prevejam a suspensão de cuidados paliativos. Possui, ainda, o direito constitucional de recusar-se a atender os desejos expressos, se eles atentarem contra a sua consciência ou contra sua crença (CF, art. 5º, VI), hipótese em que deverá encaminhar o paciente a outro médico que seja capaz de cumpri-los.

Atualmente, a inexistência de uma lei que reconheça a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente terminal e regule a sua aplicação representa uma ampla insegurança jurídica na atuação do profissional de medicina, visto que, qualquer que seja a sua conduta, estará suscetível à responsabilização judicial e/ou administrativa.

De outro lado, se o médico se negar imotivadamente a realizar a vontade declarada do paciente terminal, ou seja, sem justificar-se por razões éticas, morais, religiosas ou qualquer outra de foro íntimo, estará praticando, com isso, uma infração ética, passível de reprimendas civil e administrativa. Pior ainda se essa vontade é a de suspender tratamentos extraordinários infrutíferos e, mesmo assim, o profissional continuar com a obstinação terapêutica, sem promover nenhum benefício ao paciente e ampliando seu sofrimento contra o seu desejo expresso.

No que se refere à possibilidade de responsabilização administrativa, essa decorre da regra disposta no art. 41 do Código de Ética Médica, que impõe ao profissional de medicina o respeito pela autonomia dos seus pacientes, proibindo, especialmente, a recusa infundada. Com relação à condenação civil perante o judiciário, por sua vez, essa ocorre em razão de prejuízos morais e materiais que o não cumprimento da vontade do enfermo lhe causa. Para tanto, faz-se necessária a configuração da responsabilidade civil, exigindo-se a comprovação do nexo causal entre a conduta do médico e o resultado.

Em que pese o médico não ser obrigado a curar a enfermidade, deve atuar com zelo pelos parâmetros apontados pela ciência médica, dentre eles, o de respeito pela autonomia e dignidade do paciente. Os danos causados em decorrência do desrespeito por esses direitos podem ser, primeiramente, de natureza moral, decorrentes de um sofrimento

psicológico que atinge valores íntimos do enfermo e de seus familiares. Nessa perspectiva, é inegável que o descumprimento da vontade do paciente, especialmente no sentido de se posicionar contra a distanásia, é conduta médica que causa abalos e angústia passíveis de responsabilização moral.

Com relação aos danos patrimoniais, estes decorrem dos custos gerados pelo prolongamento do processo da morte, quais sejam, os valores elevados dos tratamentos e da tecnologia utilizada, a remuneração dos serviços profissionais envolvidos, as taxas de internação em quartos de hospitais e em UTI, além das custas judiciais e advocatícias supervenientes do processo judicial.

Diante do exposto, fica evidente a insegurança jurídica que decorre da tomada de decisões no fim da vida, notadamente para a equipe médica, que, atendendo ou não a vontade do paciente a respeito da ortotanásia, pode sofrer sanções éticas, morais e materiais. Faz-se urgente, a regularização das Diretivas Antecipadas de Vontade, para solucionar esse problema ao qual estão expostos, cotidianamente, os profissionais envolvidos com pacientes terminais.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Vivemos em um Estado democrático de direito, no qual os princípios de dignidade da pessoa humana e de autodeterminação norteiam as relações. No entanto, durante o estudo, verificamos que a noção de dignidade atual, nem sempre foi tratada da mesma maneira.

As Diretivas Antecipadas de Vontade constituem um documento, em que o indivíduo determina, previamente, a sua escolha pela manutenção ou suspensão de tratamentos extraordinários no fim da vida (Testamento Vital) ou, então, a outorga dessa decisão a um representante (Mandato Duradouro).

É notória a importância de discutir e de disseminar o conhecimento quanto às Diretivas Antecipadas de Vontade, não só no que diz respeito ao exercício de autonomia do paciente, mas como proteção para profissionais contra possíveis dificuldades envolvendo as relações entre a equipe profissional e os familiares do paciente em casos de doença terminal. Fundamental é que os indivíduos possam entender e disseminar a diferença entre eutanásia, distanásia e ortotanásia para uma maior compreensão das situações que eventualmente poderão vivenciar.

No estudo, pode-se observar que a ortotanásia é vista como uma conduta ética do profissional da medicina, que garante a morte digna dos pacientes.

Viu-se, no presente trabalho, que as Diretivas Antecipadas de Vontade já são uma realidade normativa em diversos países, mas que no Brasil ainda não há nenhuma lei nacional que regule a matéria. O ordenamento jurídico brasileiro, conta com algumas leis de âmbito estadual, resoluções do Conselho Federal de Medicina e decisões judiciais que reconhecem a autonomia e a dignidade do paciente.

Ainda, no estudo comparado, fica evidente a importância e a participação dos médicos na construção e na formalização das Diretivas Antecipadas de Vontade. É razoável pensar que talvez a dificuldade de abordar o tema esteja diretamente ligada à dificuldade de discutir e de lidar com pacientes que se aproximam da terminalidade. No entanto, debater a possibilidade de elaborar esse documento poderia ser uma forma de facilitar a comunicação, permitindo que incertezas, medos e sentimentos sejam revelados, com a possibilidade de esclarecimentos, melhorando a relação dos envolvidos para a tomada de decisões.

Na verdade, em todos os países estudados, é verificada a importância da formalização o quanto antes e da forma mais atual possível, possibilitando uma melhor relação médico-paciente, a orientação clara ante situações difíceis e o alívio moral para os familiares, além da economia de recursos da saúde.

Evidente é a necessidade de um maior debate sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, sua eficácia, formas de elaboração e aplicação no Brasil. A inexistência de parâmetros legais acarreta risco e responsabilização dos profissionais da saúde, além de possível desrespeito pela vontade dos enfermos. Necessária se faz uma legislação para que esse documento seja formalizado o quanto antes, representando a mais atual manifestação do indivíduo, possibilitando uma maior segurança jurídica e qualidade na relação de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. **Revista Bioética**, 2010, 18 (2) 381-395.

AMARAL, Fernando. **Direito Civil**: introdução. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloísa. Autonomia em face da morte: alternativa para eutanásia? In: PEREIRA, T. S.; MENEZES, R. A.; BARBOZA, H. H. (coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Teresina: **Revista Jus Navigandi**, dez. 2006, a. 11, n. 1252, ISSN 1518-4862. Disponível em: Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. **Lei n.º 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Estatuto da Pessoa Idosa. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. (Vide Decreto n.º 6.214, de 2007). Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei n.º 14.423, de 2022). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil (CC). Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face às Aplicações da Biologia e da Medicina**. Adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de Dezembro de 1999. Convenção de Oviedo. Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina. Convenção sobre os direitos do homem e a biomedicina. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM n.º 1.480**, de 08 de agosto de 1997. REVOGADA – Resolução CFM n.º 2.173/2017. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Revoga-se a Resolução CFM n.º 1.346/1991. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução n.º 1.805**, de 9 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. **Resolução n.º 1.995**, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Seção I, p. 269-70, Brasília, DF, 31 ago. 2012. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 02 maio. 2022.

_____. **Resolução n.º 2.222**, de 23 de novembro de 2018. Corrige erro material do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 2.217/2018) publicado no D.O.U. de 1 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2222>>. Acesso em: 10 maio. 2023.

CLOTET, JOAQUIM. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

DADALTO, LUCIANA. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses. Belo Horizonte: **Revista M.**, jul./dez., 2016, v. 1, n. 2, p. 446-463.

_____. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12. **Revista Bioética**, v. 21, n. 1, abril de 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/jt5d9PVQgWkffwMLzvDM7h/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Testamento vital**. 6 ed. São Paulo: FOCO, 2022.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 4 ed.:GZ Editora e JusPODIVM, 2022.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 6 ed. Salvador: GZ Editora e JusPODIVM, 2022.

MABTUM, MM; MARCHETTO PB. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica; 2015.

MINAS GERAIS. **Lei n.º 16.279**, de 20 de julho de 2006. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no Estado. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/16279/2006/?cons=1>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PARANÁ. **Lei n.º 14.254**, de 04 de dezembro de 2003. Prestação de serviço e ações de saúde de qualquer natureza aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.assembleia.pr.leg.br/agora/leis/showPopup=direitos-aos-usuarios-do-sus#:~:text=Lei%2014.254%20%2D%2004%20de%20Dezembro%20de%202003&text=S%C3%BAmula%3A%20Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7o%20e,SUS%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

RODRIGUES et al. Morte encefálica, uma certeza? O conceito de “morte cerebral” como critério de morte, São Paulo: **Revista Bioethicos**, 7(3):271-281. Centro Universitário São Camilo, 2013.

SÃO PAULO (SP). **Lei n.º 10.241**, de 17 de março de 1999. Lei Mário Covas. (Atualizada até a manutenção de artigos vetados, em 10 de setembro de 2001). (Projeto de Lei n.º 546, de 1997, do Deputado Roberto Gouveia - PT). Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n.º 524**, de 2009. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRF1. **Ação Civil Pública n.º 2007.34.00.014809-3**, de 09 de maio de 2007. Nova numeração n.º 0014718-75.2007.4.01.3400 . 14ª VARA BRASÍLIA. Juiz EDUARDO SANTOS DA ROCHA PENTEADO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Trata-se de Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PANDEMIA, MEIO AMBIENTE DIGITAL E AMPLIAÇÃO DO USO DA TELEMEDICINA NO BRASIL: UM OLHAR SOB O VIÉS DA BIOÉTICA

PANDEMIC, DIGITAL ENVIRONMENT AND EXPANSION OF THE USE OF TELEMEDICINE IN BRAZIL: A BIOETHIC'S LOOKING

Gabriela Bolzan Souza¹

Janaína Rigo Santin²

Sumário: 1. Introdução. 2. A telemedicina como forma de atendimento à saúde na pandemia do coronavírus no Brasil. 3. A discussão sobre a aplicação da telemedicina no Brasil corroborada com aspectos éticos e constitucionais. 4. Perspectivas da telemedicina no Brasil e desafios bioéticos envolvidos. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: A presente pesquisa dedicou-se a estudar a ascendência do uso da telemedicina durante a pandemia da covid-19, que atingiu o Brasil em meados de março de 2020. A telemedicina, com a possibilidade de quebrar as fronteiras de consultas e de diagnósticos médicos, foi muito utilizada durante a pandemia, com o objetivo de manter o isolamento social. Porém, observa-se um crescimento no uso dessa modalidade no período pós-pandêmico, o que gera discussões acerca dos impactos positivos e negativos de sua utilização, bem como no que tange à bioética no exercício da profissão. Nesse sentido, utilizando do método hipotético-dedutivo, buscou-se estudar a problemática que envolve o cenário atual de normatização dessa modalidade de atendimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Bioética. Covid-19. Pandemia. Telemedicina.

Abstract: The present research was dedicated to studying the ascendancy of the use of telemedicine during the covid-19 pandemic, which hit Brazil in mid-March 2020. Telemedicine, with the possibility of breaking the boundaries of consultations and medical diagnoses, was widely used during the pandemic, with the aim of maintaining social isolation. However, there has been a growth in the use of this modality in the post-pandemic period, which generates discussions about the positive and the negative impacts of its use, as well as regarding the bioethics in the exercise of the profession. In this sense,

1. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora vinculada à Universidade de Passo Fundo. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2529823237759961>>. E-mail: gabrielaolanzansouza@gmail.com.

2. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa, Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Advogada e Professora Titular da Faculdade de Direito da UPF, Professora do Mestrado e Doutorado em História UPF, Professora do Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental da UCS. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6547-2752>>. E-mail: janainars@upf.br.

using the hypothetical-deductive method, we sought to study the problem that involves the current scenario of standardization of this type of service in de Brazilian legal system.

Keywords: Bioethics. Covid-19. Pandemic. Telemedicine.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus atingiu o Brasil e o mundo de uma maneira devastadora, visto que, embora o vírus já fosse conhecido, efeitos graves como os apresentados não eram conhecidos pela comunidade científica, bem como não era esperada a alta capacidade de transmissão e de mortalidade da doença. Todo o processo teve início no final de 2019, na China, sendo que o vírus acabou por contaminar seres humanos, provocando sintomas respiratórios graves na população, com alta capacidade de contágio e de mortalidade. Com a identificação desse cenário, entendeu-se que o uso de máscaras e o isolamento social seriam medidas imediatas a serem tomadas para o enfrentamento da pandemia. A partir disso, todo o mundo passou por modificações instantâneas no modo de viver. Assim, diante do isolamento social, diversos âmbitos da sociedade viram-se afetados pelas mudanças, desde o econômico, o social, o laboral e, principalmente, o sanitário, que foi diretamente impactado, tendo em vista a necessidade de modificação dos protocolos de atendimento, com cuidados ampliados para impedir a propagação da contaminação para aqueles que estavam na linha de frente do combate à pandemia. Nessas circunstâncias, dentre outras medidas, pôde-se observar o aumento progressivo nos índices de utilização da telemedicina, o que modificou significativamente o atuar médico nos dias atuais.

Esse crescimento da utilização da telemedicina, tanto em âmbito mundial quanto no Brasil, veio acompanhado de uma série de regulamentações e, também, de dúvidas e perspectivas acerca de quais seriam os impactos positivos e negativos da utilização desse formato. Da mesma forma, tem suscitado dúvidas acerca de como isso influenciaria as práticas médicas em um cenário pós-pandêmico, levando em conta os princípios éticos envolvidos na relação médico-paciente, aliados às críticas conservadoras de uma parcela de profissionais da área com a utilização desses recursos.

Nesse viés, utilizando-se o método hipotético-dedutivo e a revisão bibliográfica, buscar-se-á abordar e estudar a utilização da telemedicina durante o período pandêmico no Brasil, seus aspectos positivos e negativos, bem como as legislações e as regulamentações editadas no período, as perspectivas atualizadas sobre o tema e como isso se interliga com o respeito às questões bioéticas da área médica e com os direitos fundamentais da pessoa humana.

2. A TELEMEDICINA COMO FORMA DE ATENDIMENTO À SAÚDE NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A pandemia do coronavírus assolou de forma assustadora todo o globo, surpreendendo a geração atual. A última pandemia vivenciada, em magnitude bem menor, havia sido a do H1N1, conhecida como gripe suína. Outras grandes pandemias que ficaram na história e são conhecidas por muitos, porém não foram vivenciadas pelas recentes gerações, quais sejam, a da peste bubônica, a da varíola, a da cólera e a da gripe espanhola, para citar algumas.

O surgimento da pandemia do coronavírus, vírus também denominado de SARS-CoV2, deu-se em 31 de dezembro de 2019, em Wuhan, na China. Essa cepa do coronavírus tem procedência, possivelmente, de animais silvestres e acredita-se que de morcegos, vendidos e consumidos na referida cidade (BRITO *et al*, 2020, p. 55).

Esse vírus não é desconhecido, muito pelo contrário, as primeiras variantes do vírus foram analisadas no ano de 1937. No ano de 1965, receberam esse nome por terem aparência microscópica semelhante à de uma coroa.

O paciente zero, segundo informações do governo chinês, foi um homem de 55 anos, atendido no dia 17 de novembro de 2019. Então, no dia 9 de janeiro de 2020, a OMS confirmou que o vírus estava em circulação (CICHELERO, 2020, p. 31).

No dia 16 de janeiro, foi confirmada a disseminação do vírus para o território japonês e, em seguida, no dia 21 de janeiro, os Estados Unidos tiveram a confirmação do primeiro caso importado.

No Brasil, em 7 de fevereiro, tínhamos 9 casos sendo investigados, mas nenhum estava confirmado (LANA; *et al.*, 2020, p. 01). Porém, logo em seguida, em 26 de fevereiro de 2020, deu-se a confirmação do primeiro teste positivo para a doença no País. O caso foi importado por um brasileiro que havia recentemente visitado a Itália e, 5 dias após a confirmação desse primeiro caso, outro positivo foi confirmado no Brasil. Em 11 dias, a soma de casos da doença atingiu a marca de 25 pessoas (CICHELERO, 2020, p. 33).

Nota-se, a partir disso, que a pandemia do coronavírus atingiu o Brasil de forma mais impactante em meados de março, eis que, na metade de abril, o País já tinha 21 mil casos confirmados e 1.200 mortes (WERNECK; CARVALHO, 2020, p. 01). A doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, posteriormente, recebeu o nome de covid-19 (doença de coronavírus 2019) pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Dados atualizados, até 13

de dezembro de 2021, pela Dasa Analytics demonstram que o total acumulado de casos no mundo estava quantificado em 270.155.054 (DASA ANALYTICS).

Todo esse cenário implicou fortes mudanças em todos os setores da vida humana: educacional, laboral, hospitalar, comercial, entre outros, tendo em vista que o coronavírus advém de uma família de vírus causadores de infecções respiratórias, que podem variar de simples sintomas gripais a pneumonias graves e com altos níveis de contágio (LIMA, 2020, p. 01-02).

Nesse sentido, levando-se em conta que o isolamento social foi considerado como o melhor meio para evitar a transmissibilidade da doença e, em um primeiro momento, o único meio, já que não havia remédio exitoso capaz de impedir o avanço dos efeitos maléficos no corpo humano nem vacina capaz de imunizar os seres humanos do contágio, passou-se a utilizar, cada vez mais, a telemedicina, como um recurso eficiente e eficaz no atendimento tanto dos pacientes contaminados pela covid-19 quanto no tratamento de outras doenças, a fim de proteger pacientes e também profissionais da saúde do contágio.

A telemedicina consiste em um conjunto de práticas médicas realizadas à distância, que são desenvolvidas por meio de tecnologias digitais, a exemplo das plataformas online para comunicação audiovisual. Dessa maneira, torna-se possível uma ampliação no acesso à saúde, principalmente por pessoas que moram em locais ou mesmo países de difícil acesso e, mais especificamente, no caso da pandemia da covid-19, quando houve a necessidade de redução da circulação de pacientes doentes em estabelecimentos de saúde, com vistas a diminuir a propagação da doença (KIELING *et al.*, 2021, p. 91-95).

Segundo Angélica Baptista Silva, a telemedicina é classificada como o uso de ferramentas de áudio e de vídeo e de outros recursos tecnológicos, para que sejam transmitidos mensagens e dados relevantes para o diagnóstico e o tratamento médico. Assim, a telemedicina consiste na oferta de cuidados de saúde à distância (2014, p. 06).

Apesar de ter avançado no seu uso com a pandemia da covid-19, a telemedicina não é algo novo, sendo uma prática já há muito utilizada por diversos países, como a Suíça. Possui registros iniciais oficiais datados da década de 1970, quando surgiu a ideia de que o médico poderia ver o seu paciente sem precisar de deslocamento para isso. Esse projeto foi idealizado no Hospital Geral de Boston, Massachusetts. O objetivo desse formato era utilizar dos recursos tecnológicos para fundir as áreas de telecomunicações, de ciências da computação e da saúde, compondo a telemedicina. No entanto, esse é o primeiro registro oficial, tendo em vista que o primeiro relato de utilização da telemedicina remonta à Idade Média, durante as pragas que afetaram o continente. Pelos relatos, um médico se

colocou em isolamento na margem de um rio, enquanto entrava em contato com um agente comunitário, que orientava a população sobre os cuidados e as condutas necessários (KIELING, 2021, p. 91).

No Brasil, a telemedicina já existia antes mesmo da pandemia, em especial na área da educação e da pesquisa médica, eis que facilita a atuação de estudantes e de médicos em regiões distantes. Essa modalidade está presente no País desde a década de 1990 e teve início com a realização de eletrocardiogramas à distância, sempre contribuindo para o acesso à saúde em áreas geograficamente distantes (KIELING, 2021, p. 94).

Com a pandemia, esse formato de atendimento (telemedicina/teleconsultas), foi implementado de forma mais assertiva não só no Brasil, mas também em diversos outros países, como Austrália e França. Na China, foi feita uma integração entre o Big Data, a inteligência artificial, a telemedicina e o varejo farmacêutico on-line para o enfrentamento da calamidade decorrente da doença (BINDA FILHO; ZAGANELLI, 2020, p. 116-129).

No Brasil, portanto, nas palavras de Binda Filho e Zaganelli (2020, p. 116-129), a telemedicina veio com o objetivo primordial de permitir aos indivíduos consultar os profissionais de saúde acerca de seus sintomas, das medidas de prevenção e de tratamento, fazendo uma triagem rápida dos pacientes, de modo a garantir o acesso deles às informações necessárias de forma rápida e adequada, sem a necessidade de exposição em hospitais ou clínicas.

3. A DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DA TELEMEDICINA NO BRASIL CORROBORADA COM ASPECTOS ÉTICOS E CONSTITUCIONAIS

Conforme dispõe a Carta Magna, em seu artigo 1º, “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”.

A dignidade da pessoa humana, nos dizeres de André Ramos Tavares, não foi elencada no extenso rol do artigo 5º da Constituição Federal (CF), que menciona os direitos fundamentais, mas, sim, foi considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, objetivando que as pessoas fossem consideradas o “fundamento e o fim da sociedade” (2012, p. 585).

Falar em dignidade da pessoa humana, portanto, significa dizer que todos merecem a mesma consideração para com seus interesses e que todos merecem ter autonomia (FRIAS; LOPES, 2015, p. 656). Dessa forma, pode-se considerar que a dignidade da

pessoa humana está diretamente ligada aos direitos fundamentais e, nesse caso, também diretamente ligada às questões de acesso à saúde.

O texto constitucional traz, em seu artigo 5º, o princípio da igualdade entre os cidadãos, bem como a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, entre outros direitos fundamentais. No rol do artigo 6º da Carta Magna, por sua vez, estão os direitos sociais, entre eles os direitos à saúde e à segurança, dentre outros.

Acerca do tema, o constitucionalista José Afonso da Silva afirma que os direitos fundamentais seriam aqueles referentes não só aos princípios relacionados a uma concepção política e de mundo, mas também às prerrogativas de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, sendo situações jurídicas e direitos sem os quais as pessoas não sobrevivem. Já os direitos sociais seriam “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (2005, p. 178- 286).

Interligada com as questões de acesso à saúde, direitos fundamentais e sociais, há que se destacar a questão da telemedicina no Brasil. A telemedicina possui amparo normativo na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º 1.643, de 26 de agosto de 2002, e no art. 37, parágrafo único, do Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018. Esses instrumentos normativos dispõem que:

Resolução CFM n.º 1.643

Art. 1º - Definir a Telemedicina como o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.

Art. 2º- Os serviços prestados através da Telemedicina deverão ter a infraestrutura tecnológica apropriada, pertinentes e obedecer as normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional.

Código de Ética Médica

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nessas circunstâncias, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Nesse sentido, considerando esses pressupostos e a necessidade do acesso à saúde frente às circunstâncias envolvidas na pandemia da covid-19, baixou-se a Portaria do Ministério da Saúde (MS) n.º 188, em 03 de fevereiro de 2020, que declarou a emergência em saúde pública de importância nacional. Em seguida, foi sancionada, em 06 de fevereiro

de 2020, a Lei n.º 13.979, que trouxe disposições sobre as medidas emergenciais de enfrentamento ao coronavírus.

No artigo 3º da referida Lei, há disposições sobre algumas medidas que poderiam ser adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, para frear o contágio e tratar os doentes. São elas: isolamento social; quarentena; determinação de realização compulsória de exames médicos, laboratoriais e de coleta de amostras clínicas; vacinação; e uso de máscaras, entre outros.

Diante de tudo isso, o Conselho Federal de Medicina realizou requerimento ao Ministério da Saúde a fim de obter a permissão para que, em caráter excepcional, pudesse ser exercida a telemedicina no Brasil. Assim, entrou em vigor a Portaria do Ministério da Saúde n.º 467, de 20 de março de 2020, que trouxe disposições sobre a telemedicina como medida de enfrentamento à emergência de saúde pública decorrente da covid-19 (FILHO; ZAGANELLI, 2020, p. 120).

Essa Portaria possibilitou a adoção de medidas a serem utilizadas em caráter excepcional e temporário com relação ao uso da telemedicina, enquanto perdurasse a emergência da pandemia de covid-19. Veja-se:

Art. 2º As ações de Telemedicina de interação à distância podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada.

Parágrafo único. O atendimento de que trata o caput deverá ser efetuado diretamente entre médicos e pacientes, por meio de tecnologia da informação e comunicação que garanta a integridade, segurança e o sigilo das informações.

Art. 3º Os médicos que participarem das ações de Telemedicina de que trata o art. 2º, deverão empregar esse meio de atendimento com objetivo de reduzir a propagação do COVID-19 e proteger as pessoas.

Parágrafo único. Os médicos que realizarem as ações de que trata o caput deverão:

I - atender aos preceitos éticos de beneficência, não-maleficência, sigilo das informações e autonomia; e

II - observar as normas e orientações do Ministério da Saúde sobre notificação compulsória, em especial as listadas no Protocolo de Manejo Clínico do Coronavírus (COVID-19), disponível no endereço eletrônico do Ministério da Saúde.

Nesse viés, a telemedicina, que já dividia opiniões no Brasil, passou a ser ainda mais discutida pelas alas conservadoras, tendo em vista que abriu espaço para perspectivas futuras. Assim, faz-se necessário avaliar seus aspectos positivos e negativos e considerá-los em relação aos direitos fundamentais e sociais de acesso à saúde e da dignidade da pessoa humana.

É preciso ressaltar que, no Brasil, a telemedicina enfrentou e ainda enfrenta uma série de desafios de ordem técnica, problemas legislativos, barreiras éticas, bem como questões de aceitação cultural. Além disso, há uma falta de sintonia entre o potencial da telemedicina e o uso das tecnologias e do aparato disponibilizado no País, que impossibilitam a sua adequada expansão (KIELING *et al.*, 2021, p. 93).

A telemedicina também enfrenta problemas culturais, tendo em vista que existe uma forte cultura conservadora na área da saúde, que defende uma estrutura e uma rotina específica de trabalho, resistindo à implantação dessas tecnologias no meio médico.

Por outro lado, sabe-se que a telemedicina é extremamente importante como ferramenta diagnóstica e, também, é muito utilizada na área de pesquisa e na educação médica. Ademais, corrobora com o acesso dos médicos em locais geograficamente distantes, ou seja, garante o direito à saúde de comunidades distantes, além de permitir que sejam trocadas experiências com universitários e especialistas de diversas regiões do País (MALDONADO, 2017).

Mais especificamente com relação à pandemia de covid-19, observaram-se benefícios na utilização da telemedicina, eis que possibilitou a diminuição da circulação de pacientes em estabelecimentos de saúde e, conseqüentemente, da propagação da doença (CAETANO *et al.*, 2020). Ademais, com o tratamento caseiro, muitos leitos foram liberados para pacientes infectados. Também foi possível identificar casos graves e monitorar pacientes estáveis, além de acompanhar o estado mental dos pacientes acometidos pela doença (DIGITAL HEALTH & CARE SCOTLAND, 2018).

Nesse viés, percebe-se que a telemedicina também foi benéfica para os profissionais da saúde, diminuindo a exposição excessiva ao vírus, colaborando para o próprio desenvolvimento das tecnologias no País e auxiliando para o controle da disseminação da doença. Ocorre que ainda são enfrentadas diversas barreiras de ordem cultural e social, especialmente ligadas ao conservadorismo, que ainda impedem o desenvolvimento da telemedicina no Brasil, se comparada com outros países do mundo.

4. PERSPECTIVAS DA TELEMEDICINA NO BRASIL E DESAFIOS BIOÉTICOS ENVOLVIDOS

O progresso tecnológico nas áreas de eletrônica e de informática fizeram com que todas as áreas da sociedade fossem atingidas e, no meio médico, isso não foi diferente. Foi assim que a telemedicina se tornou uma das mais poderosas tendências tecnológicas da atualidade, especialmente após a pandemia da covid-19.

São modalidades comuns da telemedicina: o telediagnóstico, a teleconsulta, a telemonitoração e a teleterapia. Esse formato de exercício da medicina encontra aplicações ideais no Brasil, ainda mais por fatores como a grande extensão territorial, a existência de áreas de difícil acessibilidade e a desigualdade na distribuição de recursos humanos e de materiais na saúde pública (SABBATINI, 2012, p. 01).

No entanto, a telemedicina sempre teve aplicabilidade restrita, sendo que a Resolução CFM n.º 1.643/2002 e o Código de Ética Médica limitavam o exercício da atividade a duas hipóteses apenas: a) teleconsulta apenas com exame físico prévio do paciente; e b) atendimentos de urgência e de emergência. O impulso para a ampliação da utilização da telemedicina no Brasil se deu com a pandemia da covid-19, com a edição da já mencionada Portaria MS n.º 467/2020 e da Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020.

Ocorre que, findo o estado de calamidade pública em razão do coronavírus e diante dos novos paradigmas em relação à aplicação da telemedicina, o Conselho Federal de Medicina editou uma nova regulamentação, a Resolução n.º 2.314, de 20 de abril de 2022, impondo novas condições à prática da atividade, sendo que, atualmente, essa Resolução deve ser lida sob os nortes impostos pela recém promulgada Lei da Telessaúde (Lei n.º 14.510, de 27 de dezembro de 2022).

A telessaúde, segundo a supracitada Lei, editada em 2022, abrange a prestação de serviços da área da saúde de maneira remota, devendo atender, para tanto, a alguns princípios, sendo eles: autonomia do profissional de saúde; consentimento livre e informado do paciente; direito de recusa ao atendimento na modalidade de telessaúde; assistência segura e com qualidade ao paciente; confidencialidade dos dados; promoção da universalização do acesso dos brasileiros às ações e aos serviços de saúde; estrita observância das atribuições de cada profissão; e responsabilidade digital.

Nesse sentido, percebe-se a grande preocupação com a questão ética que, no estudo da área médica, entende-se por bioética. A expressão bioética foi consagrada pelo médico norte-americano Van Ressenlaer Potter. Esse médico questionava os avanços e os efeitos que a tecnologia poderia exercer na saúde humana, ficando conhecido como o pai da Bioética, pois essa matéria tem como missão conduzir a medicina e a humanidade através de preceitos que valorizem a dignidade humana com responsabilidade e ética (SOUZA, 2022, p. 14).

Segundo Warren Reich, a bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado de saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz dos valores e dos princípios morais (GARCIA *et al*, 2020, p. 64).

Entende-se, portanto, que a bioética se torna ainda mais necessária no contexto da utilização da telemedicina, tendo em vista que, embora essa seja muito benéfica, requer muita atenção em relação aos problemas éticos e legais que podem envolver a sua utilização. Tudo isso ocorre em razão de certas normas e princípios éticos, que precisam ser adaptados e/ou aplicados de maneira mais rigorosa pelo profissional que utiliza a telemedicina, geralmente causando um aumento da responsabilidade médica (ALMEIDA *et al*, 2019, p. 42).

Dessa maneira, tratando-se de telemedicina ou de telessaúde e adotando a terminologia da recente legislação, para que o paciente seja atendido nesse formato é necessária a sua concordância expressa a respeito do uso desses procedimentos. Da mesma forma, precisa ser orientado sobre o método de atendimento e fornecer seu consentimento livre e informado, para o caso de necessidade de que seus dados sejam compartilhados com outro profissional para discussão do problema (ALMEIDA *et al*, 2019, p. 42).

Nesse sentido, entende-se ser um aspecto importante, considerando as tecnologias de informação e de comunicação utilizadas na telemedicina, a observância dos princípios que orientam a bioética, em especial o respeito ao sigilo, à confidencialidade e à privacidade das informações. Por mais que a Lei n.º 14.510/2022 tenha admitido o uso da telessaúde no País como modalidade de atendimento, será necessário corroborar essa regulamentação com princípios éticos e com a observância aos direitos e às garantias fundamentais, garantindo aos pacientes atendidos respeito à sua intimidade e à privacidade. Para tanto, cabe sempre ao Conselho Federal de Medicina a vigilância permanente, através da edição de normas regulamentadoras, de modo que não fique aquém da proteção desses direitos fundamentais aos envolvidos na relação em decorrência da rápida evolução tecnológica e da rapidez com que a telemedicina vem se expandindo no País.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Através da presente pesquisa, que utilizou como método o hipotético-dedutivo e trouxe como discussão o uso da telemedicina no Brasil, em especial com a ascensão envolvendo o uso dessa modalidade durante e após a pandemia do coronavírus, iniciada no mundo em meados de janeiro 2020, foi possível atingir algumas conclusões a respeito da temática colocada em pauta.

A telemedicina já era utilizada no Brasil antes da pandemia. Porém, após o estado de calamidade vivenciado, várias regulamentações éticas e sobre seu uso vieram, tendo em vista que as tecnologias foram amplamente inseridas nos meios ambientes laborais de modo geral.

Historicamente, portanto, já havia registros da utilização dessa modalidade de atendimentos, sendo que, no Brasil, ela está presente desde a década de 1990, facilitando a educação e a pesquisa médica, a realização de eletrocardiogramas e o acesso do atendimento médico às áreas distantes.

Com a pandemia, houve um grande debate sobre a utilização desse formato sobre a qual, mediante essa pesquisa, conclui-se ter sido benéfica, eis que garantiu o acesso à saúde, direito e garantia fundamental constante no corpo da Constituição Federal e acesso garantido também aos moradores de áreas geograficamente distantes, dada a extensão territorial do Brasil. Promoveu igualmente um desafogamento nos hospitais, ajudando no controle à disseminação do vírus, através da triagem realizada pelas teleconsultas.

Para a utilização dessa modalidade, no Brasil, durante o estado de calamidade pública, foram editadas resoluções pelo Conselho Federal de Medicina. Porém, levando em conta que houve um termo final nessa emergência de saúde pública e que muitas foram as modificações tecnológicas advindas, necessário se fez uma nova regulamentação na área da telemedicina no País.

Diante disso, hoje, a telemedicina deve ser analisada sob o viés da Resolução CFM n.º 2.314/2022, e sob a ótica da Lei da Telessaúde, recentemente publicada. Essas regulamentações visam a determinar a maneira como se dará a prestação de serviços na área da saúde, atendendo a alguns princípios específicos.

Assim, conclui-se que a pandemia do coronavírus impactou de maneira significativa o uso das tecnologias na área da saúde e, como consequência, a telemedicina. Nota-se, portanto, a necessidade ainda maior de uma regulação mais detalhada, a qual parta dos órgãos específicos de controle do setor de saúde, com vistas ao atendimento dos princípios bioéticos, já que a responsabilidade médica, com o respeito à intimidade e à privacidade do paciente em uma relação à distância e com o uso de plataformas digitais, torna-se ainda maior, sendo imperioso que o Conselho Federal de Medicina acompanhe todas essas evoluções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Júlia Português; *et al.* Telemedicina e bioética: o futuro é agora. **Revista Bioética Cremego**, 2019. Disponível em: <<https://revistabioetica.cremego.org.br/cremego/article/view/6>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BINDA FILHO, Douglas Luís; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Telemedicina em tempos de pandemia: serviços remotos de atenção à saúde no contexto da COVID-19. **Revista multidisciplinar humanidades e tecnologias (FINOM)**, v. 25, n. 1, pp. 2-19, jul./set. 2020. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1290/937>. Acesso em 19 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Lei n.º 13.979**, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em 15 fev. 2023.

_____. **Lei n.º 13.989**, de 15 de abril de 2020. Lei da Telemedicina. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 14.510**, de 27 de dezembro de 2022. Altera a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional, e a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRITO, Sávio Breno Pires *et al.* Pandemia da Covid-19: o maior desafio do século XXI. **Vigilância Sanitária em Debate**, v. 8, n. 2, pp. 54-63, 2020. DOI: <https://doi.org/10.22239/2317-269x.01531> Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/07/1103209/2020_p-028.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CAETANO, R *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro, **Cadernos de Saúde Pública** [on-line], v. 36, n. 5, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311x00088920>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

CICHELERO, César Augusto. A sociedade em aceleração, a pandemia e uma oportunidade para o depois. In: **Covid-19: ambiente e tecnologia**. Itajaí: Editora da Univali, 2020. p. 31-47. 22 DASA. Dados Covid-19. Disponível em: <<https://dadoscoronavirus.dasa.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.643**, de 07 de agosto de 2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.314**, de 20 de abril de 2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2314_2022.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

DASA. **Dados Covid-19**. Disponível em: <<https://dadoscoronavirus.dasa.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

DIGITAL HEALTH & CARE SCOTLAND. **Scotland's digital health and care strategy: enabling, connecting and empowering**. Edinburgh: ScottishGovernment; 2018.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito Gv**, São Paulo, 2015, p. 649-670, jul-dez 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/m85KdMFjcyJW8zSKssNkZRb/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 11 fev. 2023.

GARCIA, Eliângela Falcão *et al.* Bioética e telemedicina. **Revista Bioética Cremego**, v. 2, n. 1, pp. 61-66, 2020. Disponível em <<https://revistabioetica.cremego.org.br/cremego/article/view/30/12>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

KIELING, Diego Ludvig; *et al.* A importância da telemedicina no contexto da pandemia de COVID-19. **FAG Journal of Health**, v. 3, n. 1, pp. 90-97, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.35984/fjh.v3i1.302>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; VELLELA, Daniel Antunes Maciel; CODEÇO, Cláudia Torres. Emergência do novo coronavírus (SARS-Cov-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. **Cadernos de Saúde Pública**, 2020. 23 Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/sHYgrSsxqKTZNK6rJVpRxQL/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 16 fev. 2023.

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. Informações sobre o novo coronavírus (COVID19). **Colégio Brasileiro de Radiologia e Diagnóstico por Imagem**, v. 53, n. 2, mar./abr.2020. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rb/a/MsJjz6qXfjpkXg6qVj4Hfj/?lang=en>>. Acesso em: 19 abr. 2023.

MALDONADO, J. M., MARQUES, A. B., CRUZ, A. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Caderno de Saúde Pública**, v. 32, n. 2, Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00155615>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 188**, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html>. Acesso em: 16 fev. 2023.

_____. **Portaria n.º 467**, de 20 de março de 2020. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt/portaria%20n%C2%BA%20467-20-ms.htm>. Acesso em: 17 fev. 2023.

SABBATINI, Renato. A telemedicina no Brasil: Evolução e Perspectivas. **Informática em Saúde**, 2012. Disponível em: <https://www.sabbatini.com/renato/papers/Telemedicina_Brasil_Evolucao_Perspectivas.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

SILVA, Angélica Baptista. **Telessaúde no Brasil: conceitos a aplicações**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora DOC, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Direito médico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO; Marília Sá. A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. **Cadernos de Saúde Pública**, 2020. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/csp/2020.v36n5/e00068820/pt>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ÉTICA MÉDICA: PARTO E TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

CIVIL RESPONSIBILITY AND MEDICAL ETHICS: CHILDBIRTH AND FREE AND INFORMED CONSENT FORM

Isabella Martins Bueno¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade médica. 2.1. Responsabilidade civil. 2.2. Responsabilidade ética. 3. Erro médico. 3.1. Parto. 4. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. 4.1. Efeitos jurídicos e administrativos. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a responsabilidade civil, bem como a responsabilidade ética médica, presentes no sistema de saúde brasileiro, com a finalidade de demonstrar os aspectos legais e procedimentais, para que se possibilite abarcar as diferentes compreensões do âmbito judiciário no contexto dos conselhos de medicina, tendo em vista o dano, a culpa e o nexo de causalidade resultante da ação ou omissão em relação à conduta médica. Logo, relacionando-a com a prevenção de demandas por erro médico com o princípio da informação e da vontade autônoma do paciente, em especial quanto ao parto vaginal ou ao cesariano, considerando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. A metodologia refere-se à pesquisa bibliográfica, quali-quantitativa, com respaldo doutrinário, jurisprudencial, legislativo e de dados numéricos de acórdãos dos tribunais brasileiros, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça, para que seja possível a compreensão do vínculo do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e a consequente prevenção de demandas judiciais e administrativas na contemporaneidade. Examina-se a conceituação de parto humanizado para além do parto vaginal, tendo em vista a autonomia da vontade da mulher. Salienta-se, por meio de doutrinas, apresentadas no presente trabalho, a responsabilidade subjetiva do médico. Trata-se de tema polêmico, entretanto de imprescindível compreensão para discernimento do sistema de saúde brasileiro e dos direitos dos cidadãos, bem como dos próprios direitos da classe médica em relação à contemporânea conjuntura de aumento de demandas ético-disciplinares e judiciais no País com a alegação de erro médico. Conclui-se que a relação médico-paciente deve de ser pautada na confiança e na informação, para que seja possível o paciente optar, de modo autônomo e nítido, por tratamento e procedimento relativo à sua saúde, sendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido uma das formas de prevenção das referidas demandas.

1. Advogada, inscrita na OAB/GO n.º 63.159. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ). Especialista em Direito Médico e Hospitalar pelo Centro Universitário União das Américas Descomplica. Especialista em Direito e Prática Previdenciária pelo Centro Universitário União das Américas Descomplica. E-mail: isabella@ffadvocacia.adv.br

Palavras-chave: Responsabilidade médica. Civil. Ética. Parto. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Abstract: The objective of this work is to analyze the civil liability, as well as the medical ethical responsibility, present in the Brazilian health system, in order to demonstrate the legal and procedural aspects, so that it is possible to embrace the different understandings of the judiciary scope in the context of councils of medicine, in view of the damage, guilt and causality resulting from the action or omission in relation to the medical conduct. Therefore, relating it to the prevention of demands for medical error with the principle of information and the patient's autonomous will, especially regarding vaginal delivery or cesarean section, considering the Free and Informed Consent Form. The methodology refers to bibliographical, qualitative and quantitative research, with doctrinal, jurisprudential, legislative support and numerical data from judgments of Brazilian courts, such as the Court of Justice of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice, so that it is possible understanding of the Free and Informed Consent Form and the consequent prevention of judicial and administrative demands in contemporary times. The concept of humanized delivery is examined beyond vaginal delivery, considering the autonomy of the woman's will. It is emphasized, through doctrines, presented in the present work, the subjective responsibility of the physician. This is a controversial topic, however, it is essential to understand the Brazilian health system and the rights of citizens, as well as the rights of the medical profession in relation to the contemporary situation of increasing ethical-disciplinary and judicial demands in the country with the claim of medical malpractice. It is concluded that the doctor-patient relationship must be based on trust and information, so that it is possible for the patient to choose, autonomously and clearly, for treatment and procedure related to his health, with the Free and Informed Consent Form one of the ways to prevent these demands.

Keywords: Medical responsibility. Civil. Ethic. Childbirth. Free and Informed Consent Form.

1. INTRODUÇÃO

As questões do presente trabalho centram-se na responsabilidade civil e na ética médica, levando-se em consideração as leis, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM); as respectivas consequências em relação à especialidade de Ginecologia e Obstetrícia e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), sendo o conteúdo relevante tanto para os operadores do direito quanto para os profissionais médicos e a sociedade como um todo, devido ao direito de informação em relação ao direito à saúde, sendo esse um direito social da República Federativa do Brasil.

Objetiva-se a demonstração dos aspectos legais e procedimentais das responsabilidades civil e ética médicas, tendo em vista as diferenciações de análise do judiciário, conforme a análise dos conselhos de medicina, em especial, ao considerar a culpa do profissional e o nexo de causalidade do ato. Identificam-se os requisitos necessários para a configuração de responsabilidades civil e ética e consequente caracterização do erro médico. Objetiva-se, especificamente, explorar o dever de informação e o princípio da autonomia da vontade do paciente em relação aos partos vaginal ou cesariano e ao considerar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Portanto, através de levantamentos bibliográficos e com respaldo também em pesquisas jurisprudenciais e em leis, torna-se possível uma análise detalhada da situação-problema exposta, utilizando-se da abordagem qualitativa, visto as interpretações do comportamento humano, que possui como objetivo compreender as responsabilidades civil e ética dos profissionais médicos, através das investigações em âmbito jurídico, bem como em âmbito administrativo, para possibilitar a compreensão das contemporâneas demandas judicial e administrativa em relação ao erro médico. Ademais, ao utilizar referência bibliográfica, possibilita-se uma abordagem quantitativa em relação à pesquisa realizada por outros pesquisadores, de modo que se respalda o vínculo entre responsabilidade médica e Termo de Consentimento Livre e Esclarecido em dados numéricos de acórdãos de tribunais brasileiros.

Por conseguinte, o primeiro capítulo expõe uma breve análise sobre a responsabilidade médica, bem como a pormenorização de responsabilidade civil para com a responsabilidade ética. Já o segundo capítulo apresenta a conceituação de erro médico e adentra no contexto da realização de parto vaginal ou cesariano, tendo em vista a autonomia da vontade da mulher. O último capítulo exterioriza o conceito do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido ao considerar o dever de informação do médico e o princípio da autonomia da vontade do paciente, bem como seus efeitos, tanto em âmbito jurídico como em contexto ético-administrativo.

Isso posto, necessária se faz a reflexão sobre as responsabilidades médicas, seja em âmbito civil ou em âmbito ético-disciplinar. Entretanto, para além disso, faz-se imprescindível, a partir dos referidos princípios da informação e da vontade autônoma, ao considerar, inclusive, o parto vaginal ou cesariana e o movimento de parto humanizado, a análise a respeito do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, para tornar possível um estudo mais aprofundado, levando-se em consideração a prevenção de demandas judiciais e administrativas dos chamados erros médicos.

2. RESPONSABILIDADE MÉDICA

Preliminarmente, faz-se indispensável observar que a medicina e a ciência são áreas do conhecimento humano interligadas e se encontram sujeitas aos processos tecnológicos. Na contemporaneidade, há a ênfase quanto à responsabilização no âmbito profissional da medicina, sendo a conduta médica submetida à apreciação do próprio Judiciário e dos próprios conselhos federal e regionais de medicina. Nas lições de Genival Veloso de França:

Não existe no momento, no mundo inteiro, outra atividade mais vulnerável que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal. Já se disse até, com certa razão, que a profissão médica estaria seriamente ameaçada pelo risco dos pleitos demandados pelos pacientes.²

Em outros termos, diversas foram as transformações ocorridas na relação médico-paciente, em que se saiu de uma postura paternalista e com centro no conhecimento e decisões do médico para o surgimento de uma relação interpessoal baseada no diálogo entre os sujeitos, conforme exposição de Borges e Mottin³.

Sendo assim, devido às novas tecnologias na ciência da saúde, à evolução social na esfera judicial e às novas conceituações de direito individuais, observa-se, cada vez mais, a propositura de ações judiciais, bem como de processos éticos-profissionais no âmbito médico. Para Guimarães e Almeida⁴, em ambas as esferas, há a dificuldade de obtenção de dados recentes e específicos e, mesmo que não haja estatísticas oficiais sobre o total de processos por erro médico no País, há a possibilidade de levantamento de dados gerais e avaliações ou impressões sobre o respectivo aumento progressivo das referidas ações.

Por outra perspectiva, nas palavras de Marianna Chaves e Eduardo Dantas, deve-se notar que:

O art. 3º, nº 1, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada por aclamação por todos os Estados-partes da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 2005, é enfática ao dispor que a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser totalmente respeitadas. O nº 2, do mesmo dispositivo, assevera que o bem-estar e os interesses das pessoas devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência. Nesse sentido, pode-se dizer que o interesse do paciente deverá prevalecer sobre o interesse exclusivo do médico.⁵

2. FRANÇA, G.V. **Direito Médico**. 12ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 179.

3. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. p. 17. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

4. GUIMARÃES, J. J. P.; ALMEIDA, M. S. C. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: **Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021. p. 02-03. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/vi/ew/148>>. Acesso em: 02 set. 2022.

5. CHAVES, M.; DANTAS, E. Ética e responsabilidade social na medicina: uma análise a partir da violência obstétrica. In: **Revista de Direito Médico e da Saúde**, n. 23, p. 33-55. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. p. 35. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-DireitoMe%CC%81-dico-e-da-Saude-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

Isso posto, torna-se nítido que, assim como indica o Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018, o médico deve centrar-se na saúde do ser humano, bem como levar em consideração não se tratar somente de seu paciente, como também de um ser humano que deve de ser respeitado, com a devida utilização do princípio da beneficência ou ainda da não maleficência, motivo pelo qual se faz necessário o aprofundamento tanto em âmbito administrativo quanto em âmbito civil da responsabilidade médica.

2.1. Responsabilidade civil

Após breve exposição sobre a responsabilidade médica, deve-se pontuar que a responsabilidade civil se refere a um dever jurídico originário. Isso é, há a configuração do ilícito com resultado de dano injusto para outrem, através da ocorrência do nexo de causalidade entre a ação ou omissão realizada e o dano sofrido – patrimonial ou extrapatrimonial. Logo, pode-se afirmar, consoante Borges e Mottin⁶, que a relação médico-paciente, tendo em vista o prévio negócio jurídico, mesmo que tácito, é contratual, ocorrendo a prática médica em contexto privado.

Nos dizeres de José Jorge Pinheiro Guimarães e Maria Suely Cruz de Almeida⁷, “Desta forma, tornou-se óbvio que a prática da Medicina, como profissão liberal que é, assim como a de outras profissões liberais, passou a ter os aspectos jurídicos tutelados, além do Código Civil pelo Código de Defesa do Consumidor”.

Por conseguinte, é necessário analisar os artigos 186 – “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” – e 927 – “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” –, ambos do Código Civil brasileiro (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, concomitantemente ao artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao passo que determinam a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal, em que se faz necessária a presença da culpa na ação ou na omissão, que ocasionam o dano, cabendo, em regra, ao autor da pretensão reparatória o ônus da prova.

Torna-se nítido que, inicialmente, é necessário que o paciente seja previamente esclarecido em uma linguagem a ele compreensível sobre todo o tratamento, inclusive

6. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. p. 20-21. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_p_rodutos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

7. GUIMARÃES, J. J. P.; ALMEIDA, M. S. C. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: **Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021. p. 09. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/view/148>>. Acesso em: 02 set. 2022.

quanto às possíveis complicações. Mas, para além da informação necessária, expõe Udelsmann⁸, que, no âmbito da responsabilidade civil, a aferição da culpa se remete a três fatores, quais sejam, a ação ou omissão culposa, a relação de causalidade e o dano.

É necessário analisar que se trata de responsabilidade contratual, ou seja, consoante Genival Veloso de França⁹:

Todavia, na responsabilidade civil a culpa médica pode originar-se da transgressão de um dever de conduta, imposto a todos os que vivem na sociedade, que é o de não violar as obrigações de atender de forma adequada o que está ajustado no contrato com o paciente, ou seja, na chamada obrigação de tratamento. Para tanto, não é imperiosa a existência de documento escrito. Assim, quando o médico aceita tratar de um paciente, está concretizada entre eles a existência de um contrato de prestação de serviços, que consiste em oferecer um bom tratamento.

Torna-se perceptível que, no exercício da prática médica, devido à própria natureza da profissão, não há promessas de resultado certo, apesar desse ser o desejo tanto do médico quanto do paciente, ao passo que não há como prometer cura ao levar em consideração a complexidade da evolução das doenças, a existência de elementos atípicos que podem surgir durante o tratamento e diversos outros fatores.

Portanto, a responsabilidade civil médica se relaciona com a obrigação de meio e não com a obrigação de resultado – salvo a responsabilidade do cirurgião plástico na ocorrência de cirurgia de natureza estética. Ademais, pode-se afirmar que a relação médico-paciente é consumerista, tendo em vista a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em que, ao tratar-se de obrigação de meio, o profissional médico deve empregar todos seus esforços e meios possíveis para alcançar o objetivo, qual seja, a cura, mas não a prometendo. Assim, nos termos de Vicenzi e Provin¹⁰, tendo em vista o §4º do artigo 14 do CDC, em caso de o médico comprovar que não houve culpa em seus atos, mesmo que exista o dano, ele não é sujeito à indenização.

A responsabilidade do médico requer a ocorrência de culpa em uma de suas modalidades – imprudência, negligência ou imperícia. Nas palavras de Artur Udelsmann:

A imprudência se caracteriza pela prática de atos de risco não justificados, afoitos, sem cautela necessária. A negligência é um ato omissivo, quando o médico deixa de observar regra profissional já bem estabelecida e reconhecida pelos colegas da especialidade.

8. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 173. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmxZJVzL/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

9. FRANÇA, G.V. **Direito Médico**. 12ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 189.

10. VINCENZI, V. S.; PROVIN, A. F. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. In: **Revista Juris UniToledo**, Online, v. 03, n. 04, p. 03-24, 2018. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098>>. Acesso em: 02 set. 2022. p. 13.

E a imperícia é o despreparo, a prática de determinados atos sem os conhecimentos técnicos-científicos necessários para realiza-los¹¹.

Tal fato não é um privilégio, apenas trata-se de um meio de garantir o exercício da função ao profissional, ao passo que, em casos de urgência e de emergência, a título de exemplo, não é possível a realização de qualquer consulta com o paciente ou seus familiares, sendo necessária a tomada de decisão imediata por parte do médico, decisão essa que deve ser a mais adequada e técnica em relação ao caso concreto, com a finalidade do resultado tanto da sobrevida do paciente quanto da inexistência de danos colaterais ou sequelas, na compreensão de Guimarães e Almeida¹².

Nesse momento, faz-se necessária a explanação de Artur Udelsmann¹³,

Inicialmente, há que se verificar a real ocorrência de algum dano ao paciente. Entende-se por dano a ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica; resumidamente, há uma afronta à norma jurídica, há o caráter de antijuridicidade e um prejuízo. O dano pode ser patrimonial, de ordem financeira, ou extrapatrimonial (dano moral, por exemplo) e os dois podem ser cumuláveis. Havendo dano, há que se auferir a noção do nexo de causalidade, ou seja, é imperativo que se estabeleça que a lesão foi realmente causada por ação ou omissão do médico e sua culpa. Se um paciente sofre uma anoxia durante a anestesia com lesão cerebral e comprova-se que houve descuido do anestesista, configura-se um dano, o nexo de causalidade e a culpa, a indenização será então devida. A essência da culpa está na previsibilidade: se o resultado desfavorável, as circunstâncias do caso, não era possível de ser previsto, estamos face às excludentes de culpabilidade e são elas o caso fortuito e o de força maior [...] quando então o médico não poderá ser responsabilizado. Simplificando, denomina-se caso fortuito aquele estranho à vontade do homem, imprevisível, inevitável (choque anafilactóide em indivíduo sem antecedente), e o de força maior aquele absolutamente necessário, que cause algum dano, porém se não tivesse sido praticado, daria lugar a dano maior ainda (histerectomia de urgência em hemorragia pós-parto causando esterilidade). Havendo dano, sem as excludentes de culpabilidade, o direito à indenização é certo.

Dessa forma, pode-se afirmar que o dano se remete ao resultado da ação ou da omissão, que torna perceptível o prejuízo no mundo concreto, seja físico ou psicológico. Nexos causal trata da relação lógica entre o ato e o resultado, sendo impossível a responsabilização de alguém por um evento danoso sem a interligação com o ato praticado, sendo, portanto, de causa e efeito, na compreensão de Capelari e Junior¹⁴.

11. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: *Revista da Associação Médica Brasileira*, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 173. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmxZJYzflJ/?format=pdf&clang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

12. GUIMARÃES, J. J. P.; ALMEIDA, M. S. C. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: *Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA*, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021. p. 12-13. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/view/148>>. Acesso em: 02 set. 2022.

13. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: *Revista da Associação Médica Brasileira*, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 173. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmxZJYzflJ/?format=pdf&clang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

14. CAPELARI, S. S.; JUNIOR, J. A. Erros médicos recorrentes e a visão do direito. In: Fórum Científico Fema, XII, 2019, Assis. *Anais eletrônicos...* Assis: FEMa, 2019, p. 01-14. p. 05. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1711400960P907.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

Ressalta-se a exposição de Borges e Mottin¹⁵ de que há dificuldade de caracterização denexo causal na medicina, ao passo que dois pacientes que possuem a mesma doença e com idêntico tratamento podem reagir de maneiras diversas, como no caso de cura em um e de agravamento da doença em outro.

Por fim, ao analisar o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, compreende-se que o prazo prescricional é de 5 anos e apenas inicia-se a contagem a partir do real conhecimento por parte do paciente de 2 fatores, quais sejam, a existência de um dano e o conhecimento de quem o ocasionou.

Nesse ínterim, Vinicius de Negreiros Calado¹⁶ realizou uma pesquisa no sistema informatizado de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e concluiu que há peculiaridades de caso a caso. Entretanto, o termo inicial, para além do dano, considera o momento em que houve inequívoca ciência por parte do paciente da extensão de sua incapacidade, isto é, o direito de pleitear a indenização por erro médico não surge ao final do processo ético-disciplinar e, sim, nasce com a efetiva constatação do dano.

Logo, pode-se afirmar que a responsabilidade civil médica remete à responsabilidade civil subjetiva e ao contrato realizado na relação médico-paciente, sendo uma obrigação de meio, em que devem estar presentes o dano, o nexode causalidade, a ocorrência de culpa em ao menos uma de suas modalidades, bem como a inexistência das excludentes de culpabilidade, com aplicação direta tanto do Código Civil quanto do Código de Defesa do Consumidor.

2.2. Responsabilidade ética

Neste momento, é imprescindível ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XIII, resguarda o livre exercício de qualquer trabalho, profissão ou ofício, desde que atendidas as disposições legais sobre as qualificações profissionais. Em outros termos, consoante Carvalho¹⁷, há edições de leis específicas que determinam as qualificações necessárias para o exercício das profissões, a título de exemplo a formação acadêmica e o registro do título no respectivo conselho profissional.

Por conseguinte, no Brasil, o Código de Ética Médica é utilizado em todos os hospitais, clínicas, serviços de saúde, laboratórios e empresas prestadoras de serviços médicos

15. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. p. 22. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf> Acesso em: 02 set. 2022.

16. CALADO, V. N. Termo inicial da prescrição nos casos de erro médico de acordo com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ. E-book: *Judicialização da Saúde e Bioética: Estudo de casos e práticas atuais*. 1ed. Recife: Fasa, 2021. p. 257. Disponível em: <[https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2021/09/EBOOK-JUDICIALIZAC%C3%A7%C3%A7O-DA-SAU%CC%81DE-BIOE%CC%81TIC-A-ESTUDO-DE-CASOS-E-PRA%CC%81TICAS-ATUAIS-2021-OAB.pdf](https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2021/09/EBOOK-JUDICIALIZAC%C3%A7%C3%A7%C3%A7O-DA-SAU%CC%81DE-BIOE%CC%81TIC-A-ESTUDO-DE-CASOS-E-PRA%CC%81TICAS-ATUAIS-2021-OAB.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2022.

17. CARVALHO, R. M. *Responsabilidade na ética médica e suas sanções legais*. 2021. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/artigos/responsabilidade-na-etica-medica-e-suas-sancoes-legais/>>. Acesso em: 02 set. 2022.

e tais entidades devem vincular-se e realizar o devido registro no respectivo Conselho Regional de Medicina de sua área de atuação, a fim de estarem sujeitas às fiscalizações e normas desse, de acordo com Chaves e Dantas¹⁸.

Na mesma linha de raciocínio, segue Carvalho¹⁹. Isto é, pode-se afirmar que os conselhos federal e regionais são os responsáveis por suprir a lacuna da lei específica à regulamentação do exercício da profissão médica, através dos atos normativos internos, que estabelecem regras éticas, técnicas e científicas necessárias à profissão.

Destarte, ressalta-se que apesar da não força de lei do Código de Ética Médica, tendo em vista tratar-se de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, as sanções previstas encontram-se dispostas no artigo 22 da Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, motivo pelo qual há o caráter impositivo e o caráter jurídico da sanção. Ademais, consoante Udelsmann²⁰, o processo ético ajuizado no Conselho Regional de Medicina possui enfoque sobre a conduta profissional ética em relação à disciplina.

A Lei supracitada, além das sanções, fora responsável pela instituição dos conselhos federal e regionais de medicina e, em seu artigo 1º, define-os como autarquias que possuem autonomia tanto administrativa como financeira, além da personalidade jurídica de direito público. Nos dizeres de Luiz Augusto Pereira,

Os Conselhos de Medicina são órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente²¹.

Sendo assim, pode-se afirmar que o Código de Ética Médica possui dispositivos específicos para situações da vida profissional do médico, com abrangência em relação aos pacientes, à sociedade e aos próprios colegas, bem como possui a finalidade de orientação e de facilitação da prática médica.

Outrossim, há o Código de Processo Ético Profissional (CPEP), Resolução CFM n.º 2.306, de 25 de março de 2022, que dispõe sobre o andamento dos processos ético-disciplinares em virtude da ocorrência de infração do Código de Ética Médica. Nesse momento, faz-se necessária uma breve exposição a respeito da condução dos referidos processos.

18. CHAVES, M.; DANTAS, E. Ética e responsabilidade social na medicina: uma análise a partir da violência obstétrica. In: **Revista de Direito Médico e da Saúde**, n. 23, p. 33-55. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. p. 35. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Direito-Me%CC%81-dico-e-da-Sau-de-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

19. CARVALHO, R. M. op. cit.

20. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 180. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXC_ZkdGMHzGnsmxZJYzLJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 set. 2022.

21. PEREIRA, Luiz Augusto. Responsabilidade ética e o processo ético-profissional dos conselhos de medicina do Brasil. In: **Jornal Vascular Brasileiro**, Online, v. 02, n. 03, p. 237-240, 2003. p. 238. Disponível em: <<https://www.jvascbras.org/article/5e20c0f00e88254f7b939fe1>>. Acesso em: 02 set. 2022.

Logo, deve-se notar que os conselhos de medicina possuem, inicialmente, dois procedimentos para utilização, quais sejam, a sindicância e o próprio processo ético-profissional. Em ambos, a principal característica é a simplicidade, no entanto com compromisso com a legalidade, a moralidade e os direitos das partes, consoante Pereira²². Ressalva-se a possibilidade de existência de processo sem sindicância ou, ao contrário, a existência de sindicância sem processo. Isso é, no primeiro caso, constata-se o início do processo diretamente, tendo em vista a evidência inequívoca de infração ética e identificação do autor do fato e, no segundo caso, o arquivamento decorrente da não existência de infração.

A sindicância encontra-se disposta nos artigos 14 a 21 do Código de Processo Ético Profissional e pode ser instaurada tanto de ofício, quando referente ao fato relevante pelo Conselho, ou através de denúncia por escrito, a qual deve possuir relato dos fatos e identificação completa do denunciante. Pode, ainda, ser instaurada pela Comissão de Ética Médica ou Delegacia Regional, quando esses tiverem ciência de fato com indício de infração ética.

Constata-se que basta a existência de um fato a ser preliminarmente apurado e que exista indício da infração ética cometida pelo profissional. Deve-se ressaltar que, por não se tratar de procedimento contencioso e possuir como enfoque a verificação de um determinado fato, há dispensa do contraditório, não havendo sanção nesse momento. Logo, duas são as consequências possíveis, uma sendo o arquivamento de todo o procedimento ante a inexistência de infração e a outra o advento do processo disciplinar em relação à existência de fato que caracteriza a infração ético-profissional, de acordo com o autor supracitado.

Já o processo ético-profissional, estabelecido nos artigos 36 a 132 do CPEP, é instaurado, em regra, após a aprovação do relatório da sindicância, sendo nomeado um instrutor para conduzir o processo, o qual se torna o responsável por intimações das pessoas físicas e jurídicas envolvidas; pela tomada de depoimentos; pela oitiva de testemunhas; pelos requerimentos de perícias; pelas demais provas e por todas as diligências necessárias para a instrução processual.

Após a referida instrução, nomeia-se um relator e a corregedoria encarrega-se de incluir o processo em pauta de julgamento, em que se possibilita a sustentação oral tanto dos representantes legais como das partes. Deve-se notar que não há a possibilidade de desistência após a instauração do processo ético-profissional, salvo se ocorrer o falecimento do denunciado, circunstância em que há a extinção da punibilidade e arquivamento do feito.

22. Idem, *Ibidem*, p. 238.

Sendo assim, é possível a aplicação de cinco sanções disciplinares, executadas pelos Conselhos Regionais de Medicina, consoante o artigo 22 da Lei n.º 3.268/1957, quais sejam, advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional por até 30 dias; e cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

De acordo com o artigo 100 do Código de Processo Ético-Profissional, após a decisão do Conselho Regional de Medicina, é possível a interposição de recurso, no prazo de 30 dias, esse julgado, em regra, pelo Conselho Federal de Medicina e com a presença de efeito suspenso, além de que poderá ocorrer o agravamento da pena em caso de interposição pelo denunciante.

Portanto, torna-se perceptível que se mantém o âmbito da subjetividade da responsabilidade, sendo necessária a presença de culpa mesmo em âmbito administrativo, conforme a análise do artigo 1º do Código de Ética Médica, ao passo que esse define que é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Entretanto, a justiça comum, seja quanto à responsabilidade civil ou penal, não pode adentrar em questões de mérito ético-disciplinar, função de competência exclusiva dos Conselhos de Medicina, segundo o artigo 2º da Lei n.º 3.268/1957. Nas palavras de Artur Udelsmann,

Assim, em razão das sanções legais impostas nos casos das infrações éticas e do acesso às decisões dos Conselhos de Medicina pela justiça comum, as quais são frequentemente solicitadas, é de todo interesse dos médicos com processos ético-disciplinares, que os mesmos sejam criteriosamente acompanhados, de maneira a não dar margens a outras demandas, por vezes bem mais vultuosas.²³

Ademais, o processo ético-disciplinar encontra-se sujeito à prescrição, assim como ocorre com o processo civil de responsabilidade médica. Isso é, conforme o preceituado nos artigos 116 a 119 do CPEP, a punibilidade prescreve em 5 anos, com termo inicial à data do conhecimento efetivo do fato pelo Conselho Regional de Medicina. Há também o arquivamento, em caso de paralisação, por 3 anos, nos trâmites da sindicância, em que se encontra pendente de despacho ou de julgamento.

Deve-se compreender que, consoante Luiz Augusto Pereira:

23. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: *Revista da Associação Médica Brasileira*, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 181. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmsZJYzLJ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

A medicina não é uma profissão de risco; o risco é gerado pela enfermidade. O risco não tem nada a ver com negligência, imprudência ou imperícia. Assim, nenhum médico pode ser responsabilizado pelo que não deu certo por causa do paciente, seja pelo que ele não fez, como lhe foi prescrito, seja pelo fato de seu organismo não ter reagido como se poderia esperar. Não se considera erro profissional o que resulta de imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo objeto de controvérsias e dúvidas [...] O conhecimento médico é condição necessária, mas não suficiente, para o exercício de uma boa prática médica, pois aquilo que, do ponto de vista técnico, é correto, pode ser avaliado de maneira diversa a partir da ética.²⁴

Assim sendo, torna-se nítido que a responsabilidade civil médica, em âmbito legalista, remete-se diretamente ao dano sofrido pelo paciente, posto que, na responsabilidade ética médica, a simples violação de preceitos éticos e de princípios determinados pelo Código de Ética Médica já configura uma infração passível de sanção, em que, apesar da subjetividade aderida pelo artigo 1º, observa-se constante e primordialmente os deveres de zelo e de diligência.

3. ERRO MÉDICO

Após breve exposição sobre a responsabilidade médica – civil e ética –, deve-se analisar pormenorizadamente a temática de erro médico, uma vez que se faz necessário a conceituação, tendo em vista o aumento de ajuizamento de processos, sejam cíveis ou ético-administrativos.

Pode-se afirmar que há deveres originados tanto do contrato, bem como da lei, e, ainda, do próprio Código de Ética da profissão, que, quando descumpridos, ensejam a responsabilização por erro médico. Logo, tais deveres encontram-se presentes em diversos momentos da profissão médica, inclusive após seu encerramento.

Nas palavras de Genival Veloso de França,

Atualmente, o princípio da responsabilidade profissional é aceito por todos – médicos, juristas e a própria sociedade –, desde que na apreciação desses efeitos fique caracterizada uma conduta atípica, irregular ou inadequada contra o paciente, durante ou em face do exercício médico. Espera-se apenas que na avaliação dessa responsabilidade haja transparência no curso da apreciação e dê-se ao acusado o direito de ampla defesa, e que não se venha macular o prestígio da medicina e dos médicos pelo fato de uma conduta isolada. Aguarda-se, finalmente, que na apreciação da responsabilidade profissional do médico fique exaustivamente provada a inobservância das regras técnicas ou a atipia de condutada em sua atividade funcional.²⁵

24. PEREIRA, Luiz Augusto. Responsabilidade ética e o processo ético-profissional dos conselhos de medicina do Brasil. In: **Jornal Vascular Brasileiro**, Online, v. 02, n. 03, p. 237-240, 2003. p. 240. Disponível em: <<https://www.jvascbras.org/article/5e20c0f00e88254f7b939fe1>>. Acesso em: 02 set. 2022.

25. FRANÇA, G.V. **Direito Médico**. 12ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 183.

Em outros termos, segundo Borges e Mottin²⁶, pode-se afirmar que o erro médico se refere a um resultado adverso, que ocorre através de uma ação ou uma omissão do médico, e devido a ele não observar os deveres jurídicos e/ou éticos exigidos na atuação da profissão.

Torna-se nítido que o erro médico pode ser apreciado em âmbito judicial, conforme a responsabilidade legal; ajuizados e julgados pela justiça comum, através de ações civis ou criminais; bem como pode ser apreciado em âmbito dos Conselhos de Medicina, consoante as responsabilidades moral e ética, através da sindicância e dos processos ético-disciplinares.

Ademais, faz-se indispensável a distinção entre erro médico, acidente imprevisível e resultado incontrolável. Tal diferenciação é exposta por França²⁷, ou seja, primeiramente demonstra um resultado lesivo para a integridade física ou psíquica do paciente, decorrente do próprio ato médico ou em relação a esse, que supostamente refere-se a caso fortuito ou de força maior. Isso é, trata-se de resultado imprevisto e inevitável, tanto para o médico-autor como para qualquer outro em seu lugar. Já o segundo aborda uma situação grave e inevitável, em que ocasiona um dano em sua própria evolução, sendo que, com a atual ciência e capacidade profissional, não possuem solução. Ou seja, acidente imprevisível e resultado incontrolável não podem ser confundidos com erro médico, esse passível de responsabilização e aqueles não. Distinção que, novamente, ratifica a obrigação de meio do médico para com seu paciente e não a obrigação de resultado.

Ao considerar as demandas judiciais, nota-se uma dificuldade na averiguação da conjuntura de erro médico, ao passo que advogados dos autores alegam a má prática da medicina e os advogados dos requeridos baseiam-se em laudos periciais e artigos científicos para a demonstração de que não houve afastamento do profissional em relação aos princípios éticos, médicos e legais para o procedimento aplicado ao caso concreto, de acordo com Guimarães e Almeida. Além dos magistrados, por diversas vezes, aterem-se às conclusões de laudos periciais, tendo em vista a ausência de conhecimento técnico em relação às práticas médicas ali discutidas, conforme constata Ramos e Leite²⁸.

Já no âmbito ético-administrativo, ressalta-se consoante Isabella Brandão Ramos e Rita de Cássia Curvo Leite,

26. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. p. 24. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servic_os_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

27. FRANÇA, G.V. op. cit., p. 190.

28. RAMOS, I. B.; LEITE, Rita, C. C. Responsabilidade civil médica e más-práticas obstétricas. In: Reunião Anual da SBPC, 73, 2021, Juiz de Fora. **Anais eletrônicos...** Juiz de Fora: UFJF, 2021, p. 01-04. p. 03. Disponível em: <https://reunioes.sbpcnet.org.br/73RA/inscritos/resumos/10202_1757b505cfd34c64c85ca5b5690ee5_293.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

Outrossim, cabe destacar alguns dos deveres dos profissionais de saúde que devem ser observados. O dever de aconselhar e informar enfatiza a necessidade de clareza e informação sobre as particularidades relevantes da relação contratual, o tratamento médico recomendado, a conduta adotada e os riscos inerentes bem como deve sempre responder as dúvidas trazidas pelo enfermo antes deste lhe conceder consentimento, o que garante que o paciente forneça um consentimento esclarecido para o tratamento eleito pelo médico que o acompanha, estando ciente de sua utilidade e prováveis riscos.²⁹

Logo, é perceptível que o erro médico é analisado sob perspectivas diferenciadas na oportunidade da análise de contexto judicial ou ético, ao passo que para este, por vezes, a simples ação ou omissão resulta em responsabilidade ética. A título de exemplo, cita-se o princípio da informação, que será preferentemente explorado no último capítulo, em relação ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e às decisões judiciais.

3.1. Parto

Previamente, deve-se constatar que a Ginecologia e Obstetrícia é uma especialidade que abrange um conjunto ético, social e cultural, temáticas que refletem na prática médica, sendo desafiador para os profissionais médicos. Nas palavras de Marianna Chaves e Eduardo Dantas,

Poucas são as especialidades da medicina, nas quais se concentrem tantos dilemas bioéticos e éticos. Há indicação de que a Ginecologia e Obstetrícia seja responsável, já há uma década e meia, por 12% dos expedientes-denúncia e dos 30% dos processos ético-disciplinares perante o CRM de São Paulo [...].³⁰

Por conseguinte, deve-se notar que o Ministério da Saúde, em março de 2019, considerou o termo “violência obstétrica” como sendo inadequado e com recomendação para a abolição de sua utilização nos documentos das políticas públicas, parecer que coaduna com a diretriz do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista a compreensão de não intencionalidade dos profissionais de saúde em prejudicar terceiros, segundo Ramos e Leite.³¹

Destarte, faz-se necessário conceituar violência obstétrica. Consoante Marianna Chaves e Eduardo Dantas,

29. Idem, *Ibidem*, p. 02.

30. CHAVES, M.; DANTAS, E. Ética e responsabilidade social na medicina: uma análise a partir da violência obstétrica. In: *Revista de Direito Médico e da Saúde*, n. 23, p. 33-55. p. 36. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Direito-Me%CC%81dico-e-da-Sau-de-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

31. RAMOS, I. B.; LEITE, Rita, C. C. Responsabilidade civil médica e más-práticas obstétricas. In: Reunião Anual da SBPC, 73, 2021, Juiz de Fora. *Anais eletrônicos...* Juiz de Fora: UFJF, 2021, p. 01-04. p. 01. Disponível em: <https://reunioes.sbpcnet.org.br/73RA/inscritos/resumos/10202_1757b505cfd34c64c85ca_5b5690ce5_293.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

A violência obstétrica engloba atos de assédio moral e físico, abuso, negligência e desrespeito em relação às parturientes. Esse tipo de agressão ainda é pouco identificada, em razão do desconhecimento pelas mulheres e pela população em geral que tais excessos e arbitrariedades não são amparadas pelo ordenamento ou pela ética médica³².

Logo, os autores supracitados evidenciam que se trata de uma invasão em relação ao corpo, bem como aos métodos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, seja através da patologização dos processos naturais, tratamento desumanizado ou ainda medicalização excessiva.

Deve-se constatar que, nos termos do exposto por Dias e Deslandes³³, há constante questionamento em relação à atual assistência hospitalar ao parto e o modelo bioético de assistência ao parto, devido à medicalização crescente, apesar da significativa redução de taxa de morbimortalidade materna e perinatal alcançadas durante o século XX.

Outros dados são trazidos por Marianna Chaves e Eduardo Dantas³⁴, segundo os quais, há mais de 30 anos, consoante a Organização Mundial da Saúde, a taxa ideal de cesariana deve compreender o percentual de 10 a 15% e o Brasil possui taxas elevadas – além de uma das maiores do mundo –, sendo que, em algumas regiões, chegando a 80% e, em serviços privados, tal taxa pode alcançar 90%. Portanto, verifica-se que o movimento mundial é de redução da realização de partos por cesariana por razões consideradas fúteis e que esse procedimento deve restringir-se a casos de indicação médica, tendo em vista a eficácia para salvar a vida do neonato e da parturiente.

Entretanto, deve-se notar que, desde 2016, através da Resolução CFM n.º 2.144, de 22 de junho de 2016, compreende-se que é direito da gestante optar pelo parto cesariano, desde que lhe forem passadas as informações necessárias quanto ao parto vaginal e à cesariana, sendo a decisão registrada em Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o qual deve respeitar as características socioculturais da gestante.

Contemporaneamente, houve revogação dessa Resolução para entrada em vigor da Resolução CFM n.º 2.284, de 22 de outubro de 2020, que, de modo geral, apenas alterou para serem necessárias 39 semanas completas de gravidez, ou seja, 273 dias para a opção por cesariana. Isso é, ressalta-se que, apesar do movimento mundial, a vontade da paciente e sua autonomia devem de ser respeitadas. Nas palavras de Isabella Brandão Ramos e Rita de Cássia Curvo Leite,

32. CHAVES, M.; DANTAS, E., op. cit., p. 39.

33. DIAS, M. A. B.; DESLANDES, S. F. Humanização da assistência ao parto no serviço público: reflexão sobre desafios profissionais nos caminhos de sua implementação. In: **Humanização Dos Cuidados Em Saúde: Conceitos, Dilemas e Práticas**, p. 351–370. p. 353-355. Rio de Janeiro: SciELO - Editora FIOCRUZ, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.7476/9788575413296.18>>. Acesso em: 02 set. 2022.

34. CHAVES, M.; DANTAS, E., op. cit., p. 43.

Por sua vez, o dever de abster-se de abuso ou desvio de poder garante que a autoridade que o médico possui sobre o paciente não iniba a autonomia que o próprio enfermo possui em relação à sua vida, seu corpo e seu tratamento. Este dever pode ser ramificado na obtenção de consentimento livre, prévio e esclarecido do paciente [...].³⁵

Sendo assim, pode-se afirmar que o movimento de humanização do parto não engloba tão somente o parto vaginal e, sim, todo o âmbito de assistência ao parto, o atendimento à saúde, a atenção aos direitos sexuais e reprodutivos e a própria assistência hospitalar. Em outros termos, faz-se necessário que as mulheres possuam todas as informações necessárias, desde as alternativas disponíveis sobre exames às, até mesmo, condutas preventivas e métodos de parto, para que possam decidir sobre sua gravidez e o futuro parto.

Deve-se considerar a vulnerabilidade da mulher como paciente, em relação ao desconhecimento técnico dos procedimentos médicos, bem como a vulnerabilidade perante a sociedade patriarcal, sendo papel social e ético do médico a oferta de informações para que as mulheres ultrapassem a referida fragilidade, através da decisão independente, livre e esclarecida, responsável por promover a autonomia do paciente. Segundo Marianna Chaves e Eduardo Dantas,

Há que se promover uma mudança cultural e uma efetiva compreensão de que, ao atuar com a diligência técnica e com cuidado humanitário, o obstetra, para além de cumprir com suas obrigações legais e deontológicas, guarda a santidade da profissão. Como há muito preconizou Hipócrates, a medicina deve ser exercida para benefício dos pacientes e a serviço da humanidade.³⁶

Isso posto, a relação médico-paciente, na especialidade de Ginecologia e Obstetrícia, dispõe sobre a função social de zelo pelo bem-estar da paciente – físico e psicológico –, e, por conseguinte, faz-se necessário um aprofundamento sobre o dever de informação e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

4. TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Neste momento, deve-se ressaltar que o direito à saúde se trata de um direito social, estampado no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo requisito para a dignidade humana e fundamento do Estado democrático de direito. Para tanto, imprescindível é compreender o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, tendo em vista que, consoante Genival Veloso de França,

35. RAMOS, I. B.; LEITE, Rita, C. C. Responsabilidade civil médica e más-práticas obstétricas. In: Reunião Anual da SBPC, 73, 2021, Juiz de Fora. **Anais eletrônicos...** Juiz de Fora: UFJF, 2021, p. 01-04. Disponível em: <https://reunioes.sbpcnet.org.br/73RA/inscritos/resumos/10202_1757b505cfd34c64c85ca5b5690ee5293.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022. p. 02.

36. CHAVES, M.; DANTAS, E., op. cit., p. 52.

A tendência é se aceitar a tese de que a não advertência ao paciente dos riscos de uma conduta ou de uma intervenção e suas alternativas faz com que seja o médico o único responsável pelos riscos, em lugar do paciente ou de alguém que o representasse quando chamado a dar seu consentimento após informação devidamente esclarecida. A questão do consentimento livre e esclarecido é um fato que está bem equacionado no que diz respeito a nossas normas deontológicas, a partir do Código de Ética Médica e dos pertinentes Pareceres e Resoluções do Conselho Federal de Medicina.³⁷

Em razão disso, pode-se afirmar que o consentimento informado possui base constitucional, justo que possui como princípios norteadores a dignidade da pessoa humanada e os direitos à vida, à igualdade e, primordialmente, à liberdade.

Ademais, é indispensável adentrar o campo da bioética, ao passo que o TCLE configura-se na essência da própria autonomia da vontade do paciente e é referente a fatos que atingem sua integridade, seja física ou psíquica. Isso é, de acordo com Gustavo Silveira Borges e Roberta Weirich Mottin,

A bioética é um campo de estudos que busca estabelecer o equilíbrio entre o avanço científico e os valores humanos. Para tal objetivo, de acordo com sua corrente principialista, orienta para a aplicação na prática profissional de quatro princípios básicos: a beneficência, a não maleficência, a autonomia e a justiça.³⁸

Por conseguinte, concluem os autores que o TCLE, nos parâmetros da bioética, refere-se a um processo e não a simples assinatura de um documento. Em outras palavras, é um processo de relação de confiança entre paciente e médico, que pode vir acompanhado de um termo denominado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Ou seja, o supracitado termo, não se trata de apenas mais uma regra no dia a dia da profissão médica, mas remete-se à autonomia da vontade do paciente em relação ao seu direito à saúde. Portanto, o consentimento deve de ser consciente, livre e com informações acessíveis aos seus conhecimentos, ao considerar o desconhecimento técnico quanto aos procedimentos médicos, para que, assim, possua validade jurídica.

Em síntese, pode-se conceituar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como o ato de uma decisão voluntária, integralizado por pessoa capaz e consciente, que esteja assentada com informação adequada e de plena compreensão, com a finalidade de aceitar ou de recusar propostas de ação que a afetará ou poderá afetar. Isso é, conforme Guimarães e Almeida³⁹, o documento reflete a manifestação da vontade do paciente, o

37. FRANÇA, G.V. **Direito Médico**. 12ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

38. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set 2022. p. 25.

39. GUIMARÃES, J. J. P.; ALMEIDA, M. S. C. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: **Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021, p. 19. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/view/148>>. Acesso em: 02 set 2022.

qual aceita ou recusa o tratamento de saúde que lhe foi devidamente esclarecido, e trata-se de ato jurídico unilateral, que não gera direitos ao profissional de saúde, apenas torna lícito seus atos, tendo em vista a consciente vontade do paciente.

Posto isso, torna-se perceptível, através da conceituação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o cumprimento do dever do médico quanto ao princípio de informação e a necessidade de compreensão do paciente quanto aos aspectos de sua saúde para a tomada de decisão consciente, motivo pelo qual o documento faz-se essencial na rotina do profissional da saúde.

4.1. Efeitos jurídicos e administrativos

Faz-se necessária, para além da conceituação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, uma exposição mais técnica a respeito da natureza jurídica do mesmo. Entretanto, ressalva-se que o presente trabalho não possui a finalidade de esgotamento do tema, haja vista a sua complexidade e, sim, possui o intuito de uma breve exposição com apontamentos pertinentes à temática.

Deve-se observar que o artigo 22 do Código de Ética Médica dispõe que é vedado ao médico “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” e que, na mesma linha de raciocínio, seguem os artigos 31, 34, 42, 101 e 110 do mesmo código, uma vez que demonstram a necessidade técnica da elaboração do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido nas mais variadas circunstâncias da rotina da relação médico-paciente.

Portanto, após uma sucinta análise, pode-se reiterar a autonomia da vontade do paciente e o princípio da informação, explanados no embate entre parto vaginal ou cesariana, ao passo que a Resolução CFM n.º 2.284/2020 corrobora com os artigos supracitados do Código de Ética Médica.

Ademais, em âmbito jurídico, o direito à informação encontra-se disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XIV, bem como no artigo 7º, V, da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual é responsável pela regulamentação do Sistema Único de Saúde. Nessa ainda se vê a salvaguarda da autonomia do paciente no inciso III do artigo 7º, apesar de não possuir lei específica que resguarde o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Para mais, os artigos 13 e 14 do Código Civil explanam sobre a autonomia da vontade e a necessidade de prévia autorização por parte do paciente para a realização de

procedimentos em seu corpo. Inclusive, constata-se que o Direito Civil preserva a boa-fé objetiva, traduzida nos princípios da cooperação, da lealdade, da transparência, da probidade e da confiança, que devem existir na relação médico-paciente, sendo necessário que a informação seja completa, adequada e certa para possibilitar o consentimento informado, segundo Borges e Mottin.⁴⁰

Por conseguinte, em relação ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, Mariane Heberlé Hurtado Plácido atesta que:

Com a autonomia e a difusão do conhecimento, os pacientes passam a saber mais sobre seus direitos. Veja-se que, com o transcorrer do tempo, esse Termo foi incluído, inclusive, nos atendimentos e nos procedimentos em que há incisão, não somente em pesquisas humanas, também como um meio de prevenção ao litígio pelo médico. Por vezes, em ações judiciais, o paciente diz não saber o que aconteceu consigo, eis que, como dito anteriormente, pode encontrar-se abalado, vulnerável, tenso e, por isso, não estar com sua total capacidade de concentração e entendimento. Assim, o Termo também é uma forma do médico provar que havia explicado as situações e implicações ao paciente.⁴¹

Tendo em vista a necessidade de compreensão por parte do paciente, faz-se indispensável que o TCLE possua padrões e especificidades para que o respectivo paciente constate a situação de sua saúde, seja em pesquisa, seja em prática médica em âmbito hospitalar ou em consultórios. Logo, Guimarães e Almeida⁴² tornam perceptível que o termo, isoladamente, não possui o condão de eximir o profissional de suas responsabilidades. Entretanto, utilizado como engrenagem de todo um sistema de tomada de decisão esclarecida, demonstra o respeito ao dever de informação e à vontade autônoma do paciente.

A título de elucidação, faz-se necessário trazer em pauta a pesquisa sobre as demandas judiciais de responsabilidade civil médica e a utilização do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, realizada por Gustavo Silveira Borges e Roberta Weirich Mottin.

Dos 24 acórdãos coletados, apenas 7 apresentavam consentimento informado como meio de prova, sendo que, destes, todos foram improcedentes, ou seja, em nenhum dos casos em que restou comprovada nos autos a presença de consentimento informado no atendimento ao paciente houve condenação por responsabilidade civil do médico.

40. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set 2022. p. 27.

41. PLÁCIDO, M. H. H. Relação médico-paciente: a importância do médico olhar para o paciente como um ser humano. In: *Revista de Direito Médico e da Saúde*, n. 23, p. 95-109. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. p. 101. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Direito-Me%C3%81dico-e-da-Saude-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

42. GUIMARÃES, J. J. P.; ALMEIDA, M. S. C. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: *Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA*, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021, p. 28. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/view/148>>. Acesso em: 02 set. 2022.

Por outro lado, dos 17 acórdãos em que não houve a comprovação do consentimento informado no procedimento médico, 12 foram procedentes e apenas 5 improcedentes. Nos 5 acórdãos improcedentes em que não havia consentimento informado, outros meios de prova foram utilizados pelo réu, tais como: perícia, depoimento de testemunhas, prontuário médico e relatório cirúrgico, depoimento pessoal.⁴³

A pesquisa dos autores supramencionados foi realizada também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo que houve a análise de quatro acórdãos, e desses apenas um possuía consentimento informado e não houve condenação do médico, enquanto os outros três além de não possuírem o consentimento informado, houve condenação do profissional. Logo, nas palavras dos autores supracitados,

Por meio da análise da tabela acima, apesar desse estudo abranger um número reduzido de acórdãos, ainda que estes representem o total de decisões proferidas pelo STJ, referentes ao tema, pode-se cogitar de uma possível relação entre a ausência de consentimento informado e a responsabilização civil do médico [...]. Apenas um dos acórdãos analisados (o de relatoria da ministra Nancy Andrighi) trouxe de forma expressa a questão da assinatura de um “termo de consentimento informado” como expressão da boa-fé objetiva por parte do médico.⁴⁴

Pode-se afirmar que, em âmbito judicial, a inobservância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido não caracteriza uma omissão do médico por si só, sendo necessário comprovar que houve dano – físico ou moral – ao paciente devido ao ato praticado pelo profissional médico. Entretanto, em responsabilidade ética, torna-se nítida a infração, ao passo da determinação da necessidade de observância dos deveres de informação e do princípio de autonomia da vontade do paciente, tendo em vista o artigo 22, supracitado, do Código de Ética Médica.

De acordo com Artur Udelsmann:

Os médicos estão hoje, frequentemente, sujeitos a acusações de “erro médico”; como em Medicina o melhor remédio é a prevenção, a boa e criteriosa prática profissional ainda é a melhor vacina contra essa epidemia que grassa entre nós. Devemos incentivar a realização do Termo de Ciência e Consentimento para os vários atos médicos, hoje exigência do Código de Defesa do Consumidor; o constrangimento que isso pode de início causar deve diminuir, paulatinamente, na medida em que se tornar costumeiro, ou mesmo obrigatório.⁴⁵

43. BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W.. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai, 2017. p. 33. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

44. Idem, *Ibidem*, p. 136 p. 40-41.

45. UDELSMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. p. 181. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmxZJYzL/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

Logo, torna-se nítido o possível vínculo entre a ausência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e as responsabilizações tanto éticas como civis, tendo em vista os descumprimentos do dever de informação e do princípio da autonomia da vontade, sendo imprescindível que a relação médico-paciente centre-se na confiança e no consentimento informado para a prevenção de ajuizamento de ações de responsabilidade civil médica, bem como de sindicância ou, ainda, de processo ético-disciplinar.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

À vista do exposto no presente trabalho, nítido torna-se que a ciência e a medicina se encontram interligadas e ambas evoluem tecnologicamente, além de representarem área do conhecimento humano, sendo que, na contemporaneidade, houve aumento das demandas judiciais no Judiciário e ético-administrativas nos conselhos federal e regionais de medicina em relação à responsabilização do ato médico.

Ademais, tendo em vista a evolução tecnológica da saúde, bem como ao considerar a evolução social, há dificuldade de lograr estatísticas oficiais sobre a totalidade das demandas por erro médico no Brasil, porém possibilita-se o levantamento de dados gerais e de avaliações no tocante ao aumento progressivo das referidas ações.

Constata-se que o direito à saúde se trata de um direito social, estampado no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, motivo pelo qual há a correlação entre direito e medicina.

Outrossim, a responsabilidade civil médica abrange o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 8.080/1990, as quais se utilizam da teoria da responsabilidade subjetiva e contratual, sendo indispensável os elementos de dano, culpa e nexo de causalidade, bem como trata-se de obrigação de meio, em regra, na qual o médico deve empregar todos os meios e esforços necessários, entretanto não há promessa de cura, apesar de ser esse o desejo tanto do profissional quanto do paciente. Já a responsabilidade ética médica incorpora o Código de Ética Médica e o Código de Processo Ético Profissional, ambos constituídos pelo Conselho Federal de Medicina, bem como as respectivas resoluções e a Lei n.º 3.268/1957, que dispõe sobre as sanções passíveis de aplicação em relação a uma infração ética. No entanto, apesar da responsabilidade ética, similarmente, valer-se da teoria subjetiva, nota-se a diferença em relação à civil, na análise de que a simples ação ou omissão do profissional em algum de seus princípios já denota a infração. A título de exemplo, cita-se o dever de informação.

Imprescindível é a ratificação de que a ação ou a omissão do médico, ao não observar os deveres jurídicos e/ou éticos que se exigem na atuação profissional e das quais ocorre um resultado adverso, constituem erro médico, passível de responsabilização civil e/ou ética, divergentemente de acidente imprevisível e de resultado incontrolável, os quais não passíveis da respectiva responsabilidade.

Evidencia-se que a especialidade de Ginecologia e Obstetrícia remete ao conjunto social, cultural e ético, que reflete tanto na prática médica, bem como nos demais âmbitos sociais, em que, apesar de considerar inadequada a utilização do termo violência obstétrica, faz-se necessário constatar as movimentações mundiais de parto humanizado, como movimento para respeito à escolha da paciente para seu futuro parto, assim como determinou a Resolução CFM n.º 2.284/2020, a qual defende a autonomia da vontade da mulher.

Em momento algum, no presente trabalho, houve a pretensão de esgotamento do tema e de oferecer soluções prontas para a situação evidenciada – devido ao reconhecimento da complexidade da temática, não sendo essa discutida tão somente na contemporaneidade, ao passo das evoluções tecnológicas e sociais, conforme demonstrado. Entretanto, buscou-se apresentar didaticamente os procedimentos da responsabilização por erro médico para relacioná-los ao princípio da informação e da vontade autônoma em relação à bioética e ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Isso posto, nota-se que a prevenção de ajuizamento de demandas civis, assim como de sindicância ou de processo ético-disciplinar. Trata-se da relação médico-paciente, baseada na confiança, no respeito ao dever de informação, concomitantemente ao princípio da autonomia da vontade; e na prática do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, ao passo que esse isoladamente não possui o potencial de exclusão das responsabilidades, no entanto, mostra-se indispensável ao considerá-lo como engrenagem de todo um sistema de tomada de decisão elucidada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. In: **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 01, p. 15-47, mai. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/port_al/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.1.01.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 ago. 2022.

_____. **Lei n.º 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Lei n.º 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

CALADO, Vinicius de Negreiros. Termo inicial da prescrição nos casos de erro médico de acordo com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ. E-book: **Judicialização da Saúde e Bioética: Estudo de casos e práticas atuais**. 1ed. Recife: Fasa, 2021. Disponível em: <<https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2021/09/EBOOK-JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-BIOE%CC%81TICA-ESTUDO-DE-CASOS-E-PRA%CC%81TICAS-ATUAIS-2021-OAB.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

CAPELARI, Sonia Simeire; JUNIOR, Jesualdo de Almeida. Erros médicos recorrentes e a visão do direito. In: Fórum Científico Fema, XII, 2019, Assis. **Anais eletrônicos...** Assis: FEMA, 2019, p. 01-14. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1711400960P907.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

CARVALHO, Rotieh Machado. **Responsabilidade na ética médica e suas sanções legais**. 2021. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/artigos/responsabilidade-na-etica-medica-e-suas-sancoes-legais/>>. Acesso em: 02 set. 2022.

CHAVES, Marianna; DANTAS, Eduardo. Ética e responsabilidade social na medicina: uma análise a partir da violência obstétrica. In: **Revista de Direito Médico e da Saúde**, n. 23, p. 33-55. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Direito-Me%CC%81dico-e-da-Saude-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 2.144/2016**, de 22 de junho de 2016. É ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2144>>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Resolução CFM n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução CFM n.º 2.284**, de 22 de outubro de 2020. Dispõe que é ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantidas a autonomia do médico e da paciente e a segurança do binômio materno-fetal, e revoga a Resolução CFM n.º 2.144/2016, publicada no DOU de 22 de junho de 2016, Seção I, p. 138. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2284>>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Resolução CFM n.º 2.306**, de 25 de março de 2022. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-de-processo-etico-profissional-Atual/>>. Acesso em: 15 set. 2022.

DIAS, Marcos Augusto Bastos; DESLANDES, Suely Ferreira. Humanização da assistência ao parto no serviço público: reflexão sobre desafios profissionais nos caminhos de sua implementação. In: **Humanização Dos Cuidados Em Saúde: Conceitos, Dilemas e Práticas**, p. 351–370. Rio de Janeiro: SciELO - Editora FIOCRUZ, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.7476/9788575413296.18>>. Acesso em: 02 set. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GUIMARÃES, José Jorge Pinheiro; ALMEIDA, Maria Suely Cruz de. O termo de consentimento esclarecido e a responsabilidade civil e ético-profissional do médico. In: **Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**, Manaus, v. 03, n. 01, p. 01-32, jan-jun, 2021. Disponível em: <<http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/issue/view/148>>. Acesso em: 02 set. 2022.

PEREIRA, Luiz Augusto. Responsabilidade ética e o processo ético-profissional dos conselhos de medicina do Brasil. In: **Jornal Vascular Brasileiro**, Online, v. 02, n. 03, p. 237-240, 2003. Disponível em: <<https://www.jvascbras.org/article/5e20c0f00e88254f7b939fe1>>. Acesso em: 02 set. 2022.

PLÁCIDO, Mariane Herbelê Hurtado. Relação médico-paciente: a importância do médico olhar para o paciente como um ser humano. In: **Revista de Direito Médico e da Saúde**, n. 23, p. 95-109. Brasília: Vem Mais Editoração, 2021. Disponível em: <<https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Direito-Me%CC%81dico-e-da-Saude-23.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

RAMOS, Isabella Brandão; LEITEE, Rita de Cássia Curvo. Responsabilidade civil médica e más-práticas obstétricas. In: Reunião Anual da SBPC, 73, 2021, Juiz de Fora. **Anais eletrônicos...** Juiz de Fora: UFJF, 2021, p. 01-04. Disponível em: <https://reunioes.sbpnet.org.br/73RA/inscitos/resumos/10202_1757b505cfd34c64c85ca5b5690ee5293.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

UDELSMANN, Artur. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. In: **Revista da Associação Médica Brasileira**, Online, v. 48, n. 02, p. 172-182, 2002. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ramb/a/M5NXcZkdGMHzGnxmZJYzfl/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 02 set. 2022.

VINCENZI, Vanessa Salet; PROVIN, Alan Felipe. A responsabilidade civil do médico quando do descumprimento das diretivas antecipadas de vontade. In: **Revista Juris UniToledo**, Online, v. 03, n. 04, p. 03-24, 2018. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3098>>. Acesso em: 02 set. 2022.

FALHAS NA RELAÇÃO PROFISSIONAL-PACIENTE COM GERAÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS EM SÃO PAULO: CONSENTIMENTO INFORMADO

FAILURES IN THE PROFESSIONAL-PATIENT RELATIONSHIP WITH THE GENERATION OF LAWSUITS IN SÃO PAULO: INFORMED CONSENT

Ronaldo Souza Piber¹

Vagner Ferreira do Nascimento²

Sumário: 1. Introdução. 2. Métodos. 3. Resultados e discussão. 4. Notas Conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo do estudo foi caracterizar as falhas na relação profissional-paciente com geração de ações judiciais em São Paulo relacionadas com o consentimento informado. Trata-se de um estudo documental, exploratório, retrospectivo e quantitativo, realizado em agosto de 2022, a partir de dados secundários, de acesso público, diretamente na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A busca ocorreu mediante o descritor “consentimento informado” e, no campo assunto, “erro médico” ou “saúde”. Encontraram-se 101 ações judiciais, das quais foram excluídas 16 por não se relacionarem ao objeto de discussão, “consentimento informado do paciente”, totalizando, assim, uma amostra final de 85 ações. As ações se concentraram na área da medicina, em procedimentos cirúrgicos, especialmente em cirurgias plásticas. A maioria possuía termos de consentimento informado com falhas e as ações não levaram à condenações, com a justificativa de iatrogenia com a informação expressa. Diante disso, urge a necessidade de inclusão e de fortalecimento da bioética ao longo das formações em saúde, a fim de que novas concepções sobre a relação profissional-paciente sejam repensadas, assim como incite as instituições e os serviços de saúde a realizarem oficinas de sensibilização.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Direito à saúde. Judicialização da saúde.

Abstract: The objective of the study was to characterize the flaws in the professional-patient relationship with the generation of lawsuits in São Paulo related to informed consent. This is a documentary, exploratory, retrospective and quantitative study, carried out in August 2022, based on secondary data, publicly accessible, directly on the website of the Court of Justice of the State of São Paulo. The search took place using the descriptor “informed consent” and, in the subject field, “medical error” or “health”. A total of 101 lawsuits were

1. Advogado. Especialista em Bioética e Mestrando em Direito Médico pela Universidade Santo Amaro (UNISA). ORCID ID: <<https://orcid.org/0000-0002-1020-2189>>.
2. Enfermeiro. Doutor em Bioética. Docente Adjunto da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). ORCID ID: <<https://orcid.org/0000-0002-3355-163X>>. E-mail: vagnernascimento@unemat.br.

found, of which 16 were excluded because they were not related to the object of discussion, “informed patient consent”, thus totaling a final sample of 85 lawsuits. The actions were concentrated in the area of medicine, in surgical procedures, especially in plastic surgery. Most had flawed informed consent forms and the actions did not lead to convictions, with the justification of iatrogenic with the express information. In view of this, there is an urgent need to include and strengthen bioethics throughout health training, so that new concepts about the professional-patient relationship are rethought, as well as encourage institutions and health services to carry out awareness-raising workshops.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Right to health. Judicialization of health.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com os padrões morais, jurídicos e sociais contemporâneos, o dever de informar está intrinsecamente ligado ao direito à informação – direito fundamental garantido pelo inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal (CF) –, e é visto como resultado direto do princípio da boa-fé, que enfatiza a importância da representação do comportamento de alguém sobre o outro, exigindo lealdade, honestidade, integridade, confiabilidade e falta de intenção lesiva (GUNTHER; BARACAT; COMAR, 2019).

O direito básico de acesso à informação contribui para uma formação livre de ideias, de opiniões, de avaliações, de convicções e de crenças da pessoa sobre assuntos ou questões de interesses relativas ao Estado e à sociedade civil e de interesse individual ou de grupo (SALCEDO *et al.*, 2018).

Uma vez que a autonomia e a dignidade da pessoa humana são primordiais na ordem jurídica brasileira, o direito à informação, no contexto da relação do profissional de saúde com o paciente, deve ser visto como reflexo da liberdade individual, pressupondo racionalidade e capacidade de resolução espontânea (BORGES; MOTTIN, 2017).

No campo da saúde, a dignidade do indivíduo foi consagrada no dever do profissional da saúde de relatar os procedimentos que a pessoa enfrentará e aos quais ela deve dar seu consentimento, livre de toda influência ou vício, advertindo-a sobre os riscos e os benefícios (PAZINATTO, 2019).

O consentimento informado é constituído por cinco elementos distintos: competência, comunicação, compreensão, voluntariedade e consentimento (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016). Ou seja, são os requisitos que representam a base para a validade do consentimento informado. É importante ainda mencionar que o consentimento informado é o registro em prontuário de uma decisão voluntária por

parte do paciente ou de seus responsáveis legais, tomada após um processo informativo e esclarecedor para autorizar um tratamento ou procedimento médico específico, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências (HIRSCHHEIMER; CONSTANTINO; OSELKA, 2010).

No âmbito jurídico, o consentimento informado é um direito do paciente e um dever do profissional da saúde. É estabelecido com a relação paciente-profissional da saúde. Advém da legislação pátria, com o princípio da informação, elencado no art. 5º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal; no art. 15 do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002; no art. 146 do Código Penal (CP), Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940; e nos arts. 6º, III; 9º e 14, § 4º, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O que o consentimento informado para consultas e procedimentos pretende é demonstrar que o paciente está devidamente esclarecido e concorda com o procedimento proposto pelo profissional da saúde (BARROS JÚNIOR, 2019). Esse consentimento pode ser informal, devendo sempre ser registrado em prontuário, ou formal, constituindo-se em um instrumento jurídico denominado, na maioria dos textos brasileiros, como “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” (ARAUJO; MOTA, 2020). Dessa forma, deve contar com os seguintes itens: (i) pré-condições: capacidade (para entender e decidir) e voluntariedade (na decisão); (ii) elementos da informação: explicação (sobre riscos e benefícios), recomendação (proposta de alternativas adequadas) e compreensão (dos itens anteriores); e (iii) elementos do consentimento: decisão (em favor de uma opção, entre no mínimo duas) e autorização (BREHAUT *et al.*, 2015).

Assim, o dever de informar do profissional decorre do direito à autonomia do paciente e corresponde à necessidade do profissional de obter o consentimento do paciente para todo e qualquer procedimento – consentimento esse que pressupõe o conhecimento real ou efetivo do paciente, sob pena de ineficácia (FRANÇA, 2017; PEREIRA, 2017).

No Rio Grande do Sul, pesquisa com pacientes cirúrgicos indicou que boa parte dos Termos de Consentimento Informado (TCI) não eram disponibilizados/entregues pelo profissional médico, prevalecendo as secretárias, e somente 28,6% obtiveram uma cópia do TCI (MELENDO *et al.*, 2016). Em São Paulo, pacientes que receberam atendimento odontológico e/ou médico possuíam pouco conhecimento sobre o termo de consentimento durante os tratamentos e a maioria declarou que não tinha assinado termo formal, porém receberam informações verbais sobre o procedimento (GARBIN *et al.*, 2021).

Danos dessa natureza, quer sejam referentes à intervenção clínica/cirúrgica em si ou às atividades que as antecedem, vêm gerando ações judiciais, as quais comumente

envolvem o consentimento informado. A partir disso, o objetivo deste estudo foi caracterizar as falhas na relação profissional-paciente com geração de ações judiciais em São Paulo em relação ao consentimento informado.

2. MÉTODOS

Trata-se de estudo documental, exploratório e retrospectivo, baseado no protocolo *Reporting of Studies Conducted Using Observational Routinely-collected Health Data* (RECORD). O estudo foi realizado em agosto de 2022, a partir de dados secundários, disponibilizados via Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Brasil. A escolha desse estado brasileiro ocorreu por concentrar o maior quantitativo populacional do País e possuir decisões com grande repercussão no nível nacional.

Como critérios de inclusão dos documentos, estabeleceram-se ações julgadas no período de 2000 a 2022, na área da saúde e em qualquer comarca de São Paulo. A escolha desse período ocorreu após identificar, no sistema do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro processo distribuído em 2000. Foram excluídos, aqueles que, após leitura, não se enquadraram no objetivo do estudo, independentemente da completude de dados disponíveis. A amostragem do estudo foi não probabilística e censitária.

A coleta de dados ocorreu diretamente na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma manual e por um único pesquisador, advogado com formação na área de bioética. Nessa página eletrônica, acessou-se a aba de pesquisa jurisprudencial no campo específico “ementa”, com o descritor “consentimento informado”, refinando o campo específico “classe” com inclusão de recursos de apelação. Ainda, no campo “assunto”, ajustou-se a pesquisa para as ações que envolvessem “erro médico” ou “saúde”. Utilizou-se um roteiro criado pelos próprios pesquisadores e ajustado por dois pesquisadores da área da bioética, tendo em sua versão final as seguintes variáveis: ano de distribuição do processo em 1ª instância; ano do julgamento do recurso de apelação em 2ª instância; segredo de justiça; área da saúde envolvida no processo; especialidade da área; tipo de consentimento (escrito, anotação em prontuário ou ausente); falha no consentimento de acordo com a decisão dos desembargadores; e justificativa no acórdão para condenar ou para absolver.

Os dados coletados foram lançados duplamente em planilhas do Microsoft Excel 2017 e posteriormente confrontados pelo software Data Compare para identificação de possíveis falhas na digitação. Na sequência, o banco de dados foi importado para o STATA, versão 12.0, e aplicada análise estatística descritiva com distribuição de frequências e apresentação em tabelas.

Foram respeitados todos os aspectos éticos em pesquisa, de acordo com a Resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012, e a Resolução n.º 510, de 07 de abril de 2016, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), nas quais aponta-se que pesquisas dessa natureza, que envolvem somente dados públicos e abertos, não requerem submissão no sistema CEP/Conep (CEP – Comitês de Ética em Pesquisa; e Conep – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Foram encontradas 101 ações, porém, após a aplicação dos critérios de inclusão e exclusão, chegou-se à amostra de 85. Entre as comarcas, prevaleceu São Paulo, capital. Quanto à área e à especialidade, predominou a medicina, na área da cirurgia plástica. Poucas ações possuíam segredo de justiça (5; 5,8%) (Tabela 1).

Tabela 1. Área de especialidade e segredo de justiça. Agosto de 2022. São Paulo, Brasil. (n=85)

Área/Especialidade	Segredo de Justiça		Total
	Sim(n; %)	Não (n; %)	
Diagnóstico (laboratorial)	-	2; 100	2; 100
Estética	1; 33,3	2; 66,7	3; 100
Medicina			71;100
Bucomaxilofacial	-	1; 1,3	
Cabeça e pescoço	-	1; 1,3	
Cirurgia	-	6; 8,3	
Dermatologia	-	6; 8,3	
Fetal	-	1; 1,3	
Gastroenterologia	-	2; 2,8	
Ginecologia	-	8; 11,1	
Nefrologia	-	3; 4,1	
Neurocirurgia	-	5; 6,9	
Oftalmologia	-	5; 6,9	
Oncologia	-	1; 1,3	
Ortopedia	-	4; 5,5	
Otorrinolaringologia	-	1; 1,3	
Pediatria	-	1; 1,3	
Plástica	4; 5,5	13; 18,0	
Psiquiatria	-	2; 2,8	
Radiologia	-	1;1,39	
Urologia	-	5; 6,9	
Vascular	-	1;1,3	
Odontologia (cirurgia)	-	9;100	9; 100

Quanto à publicidade dos atos processuais e administrativos, trata-se de uma garantia fundamental pautada na justiça para que toda e qualquer pessoa possa ter acesso às informações no que concerne a todos os atos do processo, sendo que essa garantia encontra amparo legal na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, LX, e 93, IX, os quais dispõem respectivamente que:

Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Pelo exposto, a finalidade da publicidade dos atos processuais é assegurar a democracia, ao garantir que todo e qualquer cidadão possa ter acesso à justiça no sentido de poder verificar se o processo está sendo guiado dentro da legalidade, e, em contrapartida, ser igualmente uma garantia à própria magistratura de que esteja exercendo a sua função com a devida ética, cuidado e zelo, de modo que possa demonstrar a todos que a justiça que está sendo exercida nada tem a esconder, ou seja, para que possa demonstrar transparência na condução processual (SILVA, 2021).

Novamente, o sigilo da justiça é regulamentado no Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, no artigo 189, I a IV, de forma limitada. Isso se justifica pela exceção desse tipo de restrição à regra da publicidade de atos processuais contra o texto constitucional.

Necessário ressaltar que o segredo de justiça está vinculado aos atos do processo e não à sua própria existência, que sempre será pública (GOMES JÚNIOR; FERREIRA, 2015). Assim, entende-se que estará presente o interesse público ou social para justificar o segredo de justiça, quando a divulgação dos dados e dos atos processuais possa causar prejuízo aos interessados com violação ao direito constitucional da intimidade e da vida privada, como no caso de processos em que se tem como prova cópia do prontuário do paciente.

A partir dessa análise, pode-se levantar uma questão ética importante: os profissionais da saúde, ao contratarem um advogado para representá-los, advertem sobre o segredo profissional? Ou ainda, deveria o magistrado, ao notar que o processo envolve saúde e que notadamente possui dados sensíveis, de acordo com as regras da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, determinar a tramitação do processo em “segredo de justiça” de ofício? Afinal, a proteção de dados

possíveis é um direito fundamental e se sobrepõe ao princípio da publicidade processual?

Gomes Júnior e Ferreira (2015) esclarecem que o segredo de justiça, na hipótese do inciso I do art. 189 do NCPC, pode ser decretado *ex officio*, sem necessidade de qualquer provocação das partes, mas que nada impede a existência de requerimento do interessado e a decisão do Poder Judiciário, sempre fundamentada.

Como justificativa, prevaleceu a iatrogenia com informação expressa, sem falha no consentimento. Destacou-se também a justificativa de ausência de prova de consentimento (Tabela 2).

Tabela 2. Justificativas, tipo e falhas no consentimento. Agosto de 2022. São Paulo, Brasil. (n=85)

Justificativas	Tipo de consentimento						Falha no consentimento	
	Ausente		Escrito		Prontuário		Sim (n; %)	Não (n; %)
	(n; %)	(n; %)	(n; %)	(n; %)	(n; %)	(n; %)		
TCI genérico e ausência de riscos	-	-	10	11,8	-	-	10; 11,8	-
Ausência de prova de consentimento	30	35,3	-	-	-	-	30; 35,3	-
Ausência de prova de que o resultado não foi atingido	-	-	1	1,1	-	-	-	1; 1,1
Iatrogenia com informação expressa	-	-	40	47,1	-	-	-	40; 47,1
Informação expressa e de fácil compreensão	-	-	1	1,1	-	-	-	1; 1,1
Presumido	-	-	-	-	3	3,6	-	3; 3,6

Em relação à existência ou não de consentimento informado, verificou-se que, em 61,1% (n=52), foi escrito através de um “termo”; em 4% (n=3), o meio de prova da existência do dever de informar foi a anotação em prontuário; e, em 35% (n=30), inexistia o “termo” ou anotação no prontuário.

Se, por um lado, não há erro do profissional da saúde sem danos, o inverso não é verdadeiro. Poderá haver dano na relação profissional com paciente, sem caracterizar erro. No estudo da iatrogenia (*iatros* = médico, *genos* = geração), ou seja, no estudo das alterações patológicas provocadas no paciente por tratamento de qualquer tipo, as lesões previsíveis e esperadas, decorrentes do próprio procedimento, como as cicatrizes cirúrgicas, as amputações de membros gangrenados e a retirada de órgãos internos afetados por neoplasia, por exemplo,

são legitimadas pelo próprio exercício regular da profissão, no qual a lesão seria a única forma de intervir para a cura ou a melhora do paciente (CORREIA-LIMA, 2012).

Assim, a existência de TCI como prova judicial é importante, especialmente em especialidades ditas de atividade-fim (e não de meio), como é o caso da cirurgia plástica e até da odontologia.

Não se tem considerado, portanto, como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas. É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional.

Também não acarreta a responsabilidade civil do profissional a iatrogenia, expressão usada para indicar o dano que é causado, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, sem culpa (em qualquer de suas três modalidades: imperícia, imprudência ou negligência), e que pode ocorrer após tratamentos prescritos, sejam eles clínicos ou cirúrgicos (LAMACHIA; GONÇALVES, 2018).

Na realidade, pode-se arriscar dizer que existe um despreparo dos advogados atuantes nos processos (contra o profissional). Ora, se o erro é uma iatrogenia, não deveria existir uma ação. Ao não conhecerem os protocolos das diversas áreas e especialidades da saúde, dão ensejo à ações descabidas pela excludente de ilicitude e, como consequência, com inexistência do dever de indenizar pelo profissional da saúde.

Entre as limitações do estudo, destaca-se a utilização de dados secundários, que não identificam em profundidade as particularidades das ações judiciais, e, ao mesmo tempo, impossibilita estabelecer relações de causa-efeito. Todavia, o estudo é pioneiro no Brasil, quanto à utilização dessa fonte de informação, e revela uma problemática ainda pouco encontrada na literatura científica, mas que está sendo frequente nos tribunais em todo o território brasileiro.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

As falhas na relação profissional-paciente com geração de ações judiciais em relação ao consentimento informado no estado de São Paulo concentram-se na área da medicina, especialmente em cirurgias plásticas. Verificou-se que a apresentação do consentimento informado não é uma garantia de segurança aos pacientes quanto à intervenção clínica/cirúrgica do profissional, uma vez que, mesmo com a disponibilidade do documento, nem todos apresentam a completude de conteúdos que abarquem os riscos reais e potenciais do procedimento e/ou a estrutura do documento, as formas de comunicação e o oferecimento das informações que levem à compreensão necessária para a decisão sobre o consentimento.

Essa realidade aponta a urgência da inclusão e do fortalecimento da bioética ao longo das formações em saúde, a fim de que novas concepções sobre a relação profissional-paciente sejam manifestadas e discutidas antes do ingresso no mercado de trabalho. Entretanto, ao mesmo tempo, é preciso incitar as instituições e os serviços de saúde a realizarem oficinas de sensibilização, principalmente em programas de educação permanente, que qualifiquem seus recursos humanos para uma assistência segura, em que o tempo disponível e as ferramentas utilizadas não se limitem à comodidade e às necessidades do profissional, que, muitas vezes, acaba negligenciando as demandas dos pacientes e os submetendo a riscos diversos.

Os achados do estudo também convocam os advogados e os juízes à fundamentação bioética, ao entendimento sobre o processo saúde-doença e à aplicação de humanidade para interpretações condizentes à vulnerabilidade da pessoa e de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, N. C.; MOTA, F. R. L. Prontuário de paciente: questões éticas. **Informação em Pauta**, [s. l.], v. 5, n. Especial 1, p. 52–67, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.36517/2525-3468.ip.v5iespecial1.2020.43512.52-67>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BARROS JÚNIOR, E. A. **Código de ética médica: comentado e interpretado – Resolução CFM 2217/2018**. Timburi: Editora Cia do eBook, 2019.

BORGES, G. S.; MOTTIN, R. W. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. **Revista do Direito Público**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 15, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5433/1980-511X.2017v12n1p15>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil (CC). Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (CPC). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BREHAUT, J. C. et al. Elements of informed consent and decision quality were poorly correlated in informed consent documents. **Journal of Clinical Epidemiology**, [s. l.], v. 68, n. 12, p. 1472–1480, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.jclinepi.2015.03.002>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM N.º 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. [S. l.: s. n.], 2016. p. 1–33. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n.º 466**, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução n.º 510**, de 07 de abril de 2016. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CORREIA-LIMA, F. G. **Erro médico e responsabilidade civil**. 1. ed. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 14. ed. reed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARBIN, C. A. S. et al. Percepção dos imigrantes: consentimento livre e acesso aos serviços de saúde. **Revista Bioética**, 2021; v. 29, n. 3, p. 600-605, 2021. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422021293495>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

GOMES JUNIOR, L. M.; FERREIRA, J. S. A. B. N. O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil – Análise das principais inovações. **REPRO Revista de Processo**, [s. l.], v. 250, n. Dez./2015, p. 136–146, 2015.

GUNTHER, L. E.; BARACAT, E. M.; COMAR, R. T. Pós-positivismo e a sua relação com o princípio da boa-fé objetiva na formação do pensamento jurídico. **Revista Thesis Juris**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 98–117, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.5585/rtj.v8i1.12818>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

HIRSCHHEIMER, M. R.; CONSTANTINO, C. F.; OSELKA, G. W. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria**, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 128–133, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-05822010000200001>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

LAMACHIA, C.; GONÇALVES, S. K. **Direito Médico e da Saúde: o direito, a saúde e a justiça : cenários e desafios**. 1. ed. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2018. v. 1.

MELENDO, M. P. et al. Termo de consentimento informado: entendimento do paciente cirúrgico. **Acta Paulista Enfermagem**, v. 29, n. 3, p. 291-7, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1982-0194201600041>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PAZINATTO, M. M. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**, [s. l.], v. 27, n. 2, p. 234–243, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422019272305>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PEREIRA, A. G. D. O consentimento informado em Portugal: breves notas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 23–36, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.21207/1983.4225.599>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SALCEDO, Diego et al. Conexão e distanciamento conceitual entre filosofia, ética e direito da informação. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 470–480, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.26512/rici.v11.n2.2018.8338>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SILVA, A. F. O segredo de justiça e a publicidade dos atos processuais e administrativos no Código de Processo Civil. **Research, Society and Development**, [s. l.], v. 10, n. 13, p. e426101321579, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.33448/rsd-v10i13.21579>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

OS ASPECTOS GERAIS DA APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NA SAÚDE

GENERAL ASPECTS OF THE APPLICATION OF THE GENERAL LAW ON DATA PROTECTION (LGPD) IN HEALTH

Kamila Henning Rossato da Costa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Os aspectos gerais da LGPD. 3. Da dispensabilidade do consentimento do titular. 4. A aplicabilidade da LGPD nos prontuários físico e eletrônico. 5. Da proteção de dados no âmbito da telessaúde. 6. LGPD na Saúde Suplementar. 7. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: Com o avanço da tecnologia e a rápida troca de informações e disponibilidade de dados pessoais que possam identificar a pessoa – física ou jurídica, criou-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que visa à proteção e à delimitação na forma de utilização dessas informações. Não se pode olvidar que na área da saúde trabalha-se com diversos dados referentes à pessoa e seu atendimento pelo profissional da área da saúde. Assim, o objetivo do presente artigo é pontuar os principais aspectos da proteção de dados na saúde e o correto tratamento desses dados sem que possam identificar a pessoa natural ou jurídica, além de discorrer brevemente acerca da proteção de dados relacionada ao prontuário médico e a telessaúde, nova modalidade regulada pela Lei n.º 14.510/2022, após a revogação da Lei de Telemedicina, e também a dinâmica no tratamento dos dados na Saúde Suplementar, visto as instituições que possuem acesso a estes.

Palavras-chave: LGPD. Proteção. Prontuário. Telessaúde. Saúde Suplementar.

Abstract: With the technological advance and the rapid exchange of information and availability of personal data that can identify a person, whether physical or legal, the General Data Protection Law (LGPD) was created, which aims to protect and limit the use of this information. It must not be forgotten that in the health area, one works with several data related to the person and their care by the health professional. Therefore, the objective of this article is to point out the main aspects of data protection in health and the correct treatment of these without identifying the natural or legal person, as well as to briefly discuss data protection related to medical records and telehealth, a new modality regulated by Law n.º. 14.510/2022, after the repeal of the telemedicine law, and also the

1. Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de Santa Catarina. Membro da Associação Brasileira de Advogados (ABA). Atuante na área do Direito Médico. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-graduada em Direito do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito e Saúde pelo Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein.

dynamics of data treatment in Private Health Insurance and Plans, given the institutions that have access to them.

Keywords: LGPD. Protection. Medical Record. Telehealth. Private Health Insurance and Plans.

1. INTRODUÇÃO

Diante do cenário atual acerca do desenvolvimento da utilização dos meios de comunicação e do aumento da modernização da tecnologia na época em que vivemos, utilizamos de forma rápida a nosso favor os benefícios trazidos pela nova era da transformação digital. Porém, somos omissos na reflexão acerca das vulnerabilidades que nos rodeiam. Não é diferente na área da saúde, a qual abrange inúmeras tecnologias que beneficiam e facilitam o uso pelos profissionais da saúde e pelas instituições – públicas ou privadas. Em contrapartida, há as consequências desse avanço da modernização, sendo uma delas o aumento do vazamento dos dados pessoais dos pacientes ou de seus representantes legais.

Nesse diapasão, o presente artigo traz algumas modalidades que possuem uma infinidade de compartilhamento de dados pessoais, no que tange ao prontuário médico – físico ou eletrônico, como é o caso da modalidade de telessaúde – em vigor com a publicação da Lei n.º 14.510, de 27 de dezembro de 2022, diante da revogação da Lei da Telemedicina (Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020) – e os mecanismos de tratamento dos dados na Saúde Suplementar.

Considerando essa evolução tecnológica, no intuito de minimizar as consequências dos vazamentos desses dados, foi publicada, em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)², Lei n.º 13.709, a qual preconiza em seu artigo 1º sobre o tratamento de uso de dados de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, objetivando a proteção dos direitos fundamentais da liberdade e da privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O objetivo da criação da LGPD é justamente a preocupação na tutela da proteção dos direitos descritos no artigo 1º da referida Lei, inclusive sendo um dos objetivos a inclusão do Brasil como um país que preserva a boa prática, no que concerne à proteção de dados³.

2. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

3. MALDONADO, Viviane Nobrega; BLUM, Renato Opide. Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. São Paulo: Livraria RT, 2020, p. 18.

CAMPOS, Ana Carolina Corígem. LGPD: 13 conceitos básicos para começar a entender. Disponível em: <https://institutolegado.org/blog/lgpd-13-conceitos-basicos-para-comencar-a-entender/?gclid=Cj0KCQjw8qmhBhCIARIsANAtboe3uSW_vLtnZYm5ysLPop3Lj7GhGuduiXO_q3KP3-7D6G2beK1uwHlaAi-cBEALwbcB>. Acesso em: 03 abr. 2023.

Não foi diferente para os profissionais da área da saúde – pessoas naturais ou jurídicas –, pois, com o surgimento do SARS-CoV-2 ou denominado coronavírus, causador da doença covid-19, as instituições de saúde, por meio da coleta de dados sensíveis dos pacientes, obtiveram referências para rastrear as pessoas contaminadas e, por consequência, controlaram a disseminação da doença⁴.

Ademais, não apenas pelo motivo da pandemia causada pelo coronavírus, os dados sensíveis dos pacientes necessitavam de uma tutela de maior preservação de proteção, evitando, dessa forma, danos incalculáveis para o paciente, ora titular dos dados, tanto patrimoniais quanto morais, visto se tratar de conteúdo potencialmente discriminatório e preconceituoso⁵.

Com todas as alterações e avanço da tecnologia, também foi criada a modalidade de prontuário médico eletrônico, que dispõe de todas as informações da equipe multidisciplinar e não apenas do médico, o que gera maior abrangência de informações, podendo ocasionar eventuais vazamentos dessas informações.

Ainda, muito recentemente, foi publicada a Lei n.º 14.510/2022, autorizando a prática da telessaúde, modalidade de atendimento de pacientes à distância, abrangendo todo o território nacional e também oportunizando atendimento por todo profissional da área da saúde. Com isso, a quantidade de informações dos pacientes ou de seus representantes legais tem aumentado exponencialmente nos bancos de dados, o que pode ocasionar um aumento nos prejuízos em eventual vazamento desses dados.

Por fim, uma breve explanação quanto ao mecanismo de proteção dos dados na área da Saúde Suplementar, caracterizado pelo sistema TISS (Troca de Informações na Saúde Suplementar), objetivando a captação de dados para alimentar os sistemas e realizar o intercâmbio dos dados dos pacientes e de seus representantes legais com as operadoras de saúde e a Agência Nacional de Saúde (ANS).

O presente trabalho possui o escopo de explicar acerca da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito da área da saúde, descrevendo os principais aspectos que a Lei preceitua na forma de utilização dos dados pessoais dos pacientes sem que possam ocorrer infrações e, eventualmente, aplicações de sanções e de reparações de danos – morais ou materiais.

4. International Association of Privacy Professionals. Adequação da LGPD na saúde: entenda mais. Disponível em: <<https://www.lgpdbrasil.com.br/lgpd-na-saude/>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

5. DALLARI, Analluz Bolívar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. LGPD na saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

2. OS ASPECTOS GERAIS DA LGPD

O principal objetivo da LGPD é essencialmente a proteção dos dados sensíveis e das informações relacionados à pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, objetivando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme trazido em seu artigo 1º.⁶

De antemão, frisa-se a importância da melhoria na segurança e nas práticas de privacidade referentes aos dados pessoais dos pacientes, pois a LGPD “não especifica ou detalhe um conjunto de critérios”, o que acarreta dúvidas⁷.

Ressalta-se que o mencionado artigo 1º da Lei em debate engloba, além dos dados pessoais coletados digitalmente, também os dados referentes aos documentos em estado físico ou off-line, migrados ou não para o formato digital. Contudo, a Lei não faz menção da definição do que seriam esses dados sensíveis propriamente ditos⁸.

Para preencher essa lacuna, a Lei⁹ menciona em seu artigo 5º, incisos I e II, o que seriam os dados pessoais e os dados sensíveis, sendo eles respectivamente:

- (1) informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável; e
- (2) dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

De antemão, cabe salientar que a regra é que o titular dos dados deverá autorizar mediante o consentimento de forma específica e destacada qual a finalidade do armazenamento (artigo 7º, inciso I, e artigo 11º, inciso I)¹⁰.

Porém, no que tange à “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária” e “para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro” (artigo 7º, incisos VII e VIII), não há a necessidade de obtenção de consentimento.

Ao tratar do consentimento específico, além de salientar acerca da finalidade do uso dos dados sensíveis, o paciente deve ter conhecimento a respeito do direcionamento que será dado ao tratamento¹¹.

6. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

7. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

8. MALDONADO, Viviane Nobrega; BLUM, Renato Opide. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Livraria RT, 2020, p. 18.

9. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

10. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

11. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

Frisa-se que, ao tratar-se de criança e de adolescente, o tratamento de dados deverá ser realizado visando ao seu melhor interesse, conforme contido na redação do artigo 14 da LGPD. Todavia, é necessário que um dos pais ou responsáveis acate o consentimento, afim de evitar futuros problemas¹².

No que se refere ao término do tratamento desses dados, a LGPD estabelece, no artigo 15, algumas hipóteses. Dentre elas, o (1) “fim do período de tratamento”; (2) quando sua finalidade restou alcançada ou nas hipóteses de não haver mais necessidade da utilização daqueles dados; e (3) pela comunicação do titular, inclusive para revogação do seu consentimento antes fornecido.

3. DA DISPENSABILIDADE DO CONSENTIMENTO DO TITULAR

O artigo 11, inciso II, alíneas “e” e “f” da Lei Geral de Proteção de Dados¹³ prevê as possibilidades de dispensa ou da não necessidade do consentimento do titular dos dados em determinadas situações, dentre as quais abrange a (1) “proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros” e a (2) “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária”.

No que tange à primeira hipótese descrita no presente artigo, que objetiva a proteção da vida ou da incolumidade física, refere-se quando o titular dos dados se encontra incapacitado de os fornecer, sendo realizado por um terceiro – seriam os casos de urgência e emergência¹⁴.

Vale destacar, no que concerne à segunda possibilidade descrita – tutela da saúde –, que a LGPD deixa uma lacuna acerca do conceito e das hipóteses, dessa forma cabendo à ANDP (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) regular sobre a temática¹⁵. Todavia, conforme disposto no artigo 11 da legislação de proteção de dados¹⁶, quando se tratar de tutela da saúde, o procedimento deve ser realizado exclusivamente por profissional da saúde.

Cabe salientar que, mesmo não havendo uma definição de tutela da saúde no texto da LGPD, a Constituição Federal¹⁷ (CF), em seu artigo 196, menciona que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

12. DALLARI, Analluz Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

13. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

14. **Bases Legais de Tratamento**. Disponível em: <<https://trilhante.com.br/curso/lgpd/aula/bases-legais-de-tratamento-2>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

15. LEITE, Luiza. Capítulo II. Tratamento de dados Pessoais In: FEIGELSON, Bruno; BECKER Daniel. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <<http://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1314940806/capitulo-ii-tratamento-de-dados-pessoais-comentarios-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lei-13709-2018-a-239335771>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

16. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

17. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

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 recuperação¹⁸.”

Nesse sentido, à luz do disposto no presente artigo, verifica-se que, quando ocorrerem situações em que necessitem de intervenção de um profissional da saúde visto a impossibilidade do titular dos dados fornecê-los, está autorizada a realização dos procedimentos sem a necessidade do seu consentimento.

Em que pese a Lei abarcar a dispensa do consentimento em determinados casos, em especial na saúde, no que tange à tutela da saúde e na impossibilidade de obtenção dos dados pela incapacidade do titular desses, salienta-se que há outros documentos indispensáveis para determinadas situações¹⁹. Ou seja, a dispensa do consentimento não é a regra, mas, sim, a exceção quando se tratar de profissionais da saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária. As pessoas jurídicas cuja natureza não são a de prestação de serviço à saúde não podem realizar o compartilhamento de dados sem o consentimento disposto no artigo 11, inciso II da LGPD²⁰.

4. A APLICABILIDADE DA LGPD NO PRONTUÁRIO FÍSICO E ELETRÔNICO

Ao abordar sobre o tema de documentos na área da saúde, destacamos o prontuário médico por ser um dos mais essenciais da relação médico-paciente e no qual constam todo o histórico e o registro referente ao atendimento que lhe foi prestado, prezando pela continuidade do tratamento²¹.

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.638, de 10 de julho de 2002,²² conceitua-se prontuário como:

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

18. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

19. BARBOZA, Herbert Adriano; LOTT, Juliana Itaborahy; SILVA, Maria Teresa Ferreira da; COSTA, Michelle Amorim. **Descomplicando a LGPD na área da saúde**. Direito Preventivo para Profissionais da Saúde. São Paulo: Editora IPDMS, 2022, p. 27.

20. DALLARI, Analluzza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

21. SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 148.

22. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução n.º 1.638/2002**. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

Ademais, o Conselho Federal de Medicina, considerando a evolução e o crescimento exponencial de documentos de pacientes dentre outras questões, editou a Resolução CFM n.º 1.821, de 11 de julho de 2007,²³ cuja finalidade fora provar “normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde”.

Nessa mesma linha, o acesso ao prontuário abrange toda a equipe multidisciplinar e não exclusivamente o médico. O objetivo é que todas as informações referentes ao paciente estejam diretamente acessíveis para ele e, também, prezando pela troca de informações dos atendimentos, para toda a equipe de assistência à saúde²⁴.

Posteriormente, em 27 de dezembro de 2018, foi publicada a Lei n.º 13.787²⁵, que dispõe acerca das diretrizes para “digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente”.

Importante salientar que a mencionada Lei remete, no seu artigo 1º, à LGPD: “Art. 1º – A digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente são regidas por esta Lei e pela Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018”.

Outro aspecto importante é em relação ao prazo de armazenamento do prontuário médico. O artigo 8º da Resolução CFM n.º 1.821/2007²⁶ estabelece o prazo de no “mínimo de 20 (vinte) anos, a partir do último registro, para a preservação dos prontuários dos pacientes em suporte de papel, que não foram arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado”.

No mesmo sentido, a Lei n.º 13.787/2018²⁷ regulamentou o prazo para armazenamento do prontuário eletrônico ou digitalizado em seu artigo 6º: “Decorrido o prazo mínimo de 20 (vinte) anos a partir do último registro, os prontuários em suporte de papel e os digitalizados poderão ser eliminados”.

Quando se tratar de paciente falecido, o Parecer CFM n.º 6/2010 estabelece que:

não deve ser liberado diretamente aos parentes do *de cujus*, sucessores ou não. A liberação apenas deve ocorrer: 1) Por ordem judicial, para análise do perito nomeado

23. SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 151.

24. FARINA, Aguiar. Conselho Federal de Medicina – CFM. **Prontuário Médico**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/artigos/prontuario-medico/>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

25. **Digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113787.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

26. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução CFM n.º 1.821/2007**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

27. **Digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113787.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

em juízo; 2) Por requisição do CFM ou de CRM, conforme expresso no artigo 6º da Resolução CFM n.º 1.605/00²⁸.

Acerca das informações contidas no prontuário, o médico possui o dever de manter sigilo, conforme amparado pelo Código de Ética Médica (CEM), Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009, além de disposto no artigo 1º da Resolução CFM n.º 1.605, de 29 de setembro de 2000: “O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica²⁹.” Outrossim, esta garantia está prevista na Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”³⁰.

Pois bem, com o advento da LGPD, as informações contidas no prontuário médico são consideradas como dados sensíveis, pois são relacionadas à saúde do paciente. Um eventual incidente de segurança referente aos vazamentos desses dados poderá ocasionar graves prejuízos ao paciente, ferindo os princípios abrangidos pela legislação, além de acarretar as sanções previstas³¹.

Ao tratarmos da segurança desses dados sensíveis, os estabelecimentos de saúde, sejam eles clínicas, hospitais ou o próprio médico autônomo, devem se adequar à legislação visando à prevenção, posto que, no processo de implementação, também existe a necessidade de revisão dos dados da equipe multidisciplinar e demais funcionários e parceiros³².

Acerca das sanções aplicadas, prevê o artigo 52 da LGPD desde advertências com indicação de prazo para tomar as medidas cabíveis para adequação às multas de até R\$ 50.000.000,00 por igual período à “suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período”³³.

Por fim, o médico, que segue os ditames previstos na legislação brasileira, em especial no que concerne à LGPD, estará contribuindo para o crescimento dos aspectos da proteção de dados³⁴.

28. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **PROCESSO-CONSULTA CFM N.º 4.384/07 – PARECER CFM N.º 6/10**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2010/6_2010.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

29. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução CFM n.º 1.605/2000**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

30. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

31. **CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – CRMRS**. Disponível em: <<https://cremers.org.br/lged-regulamenta-entrega-de-prontuario-medico-ao-paciente/#:~:text=Quem%20pode%20solicitar,conforme%20Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CFM%2003%2F2014>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

32. BARBOZA, Herbert Adriano; LOTT, Juliana Itaborahy; SILVA, Maria Teresa Ferreira da; COSTA, Michelle Amorim. **Descomplicando a LGPD na área da saúde**. Direito Preventivo para Profissionais da Saúde. São Paulo: Editora IPDMS, 2022, p. 23.

33. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

34. **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM**. Disponível em: <<https://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index9/?numero=38&edicao=5305#page/32>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

5. DA PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DA TELESSAÚDE

Em decorrência da pandemia causada pelo SARS-CoV-2 ou apenas coronavírus, foi sancionada a Lei n.º 13.989/2020³⁵ notadamente para amparar a utilização da telemedicina, que se conceituava como o atendimento à distância do paciente pelo médico³⁶. Todavia, com o fim da pandemia, houve a necessidade de maior segurança jurídica referente ao tema. Dessa forma, a Lei da Telemedicina foi revogada e, então, sancionada a Lei n.º 14.510, de 27 de dezembro de 2022, para “para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional”, abrangendo todos os profissionais da saúde³⁷.

Ainda, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, “O projeto de lei inicial previa apenas a regulamentação da telemedicina, mas o termo foi ampliado para telessaúde, o que permite o atendimento à distância para outras áreas, como enfermagem e psicologia³⁸”.

Nesse sentido, o artigo 26-B da referida Lei conceitua Telessaúde³⁹ como:

modalidade de prestação de serviços de saúde a distância, por meio da utilização das tecnologias da informação e da comunicação, que envolve, entre outros, a transmissão segura de dados e informações de saúde, por meio de textos, de sons, de imagens ou outras formas adequadas.

A maior relevância, no que concerne à telessaúde, é a potencialização do vazamento dos dados sensíveis dos pacientes, pois o atendimento à distância não assegura eventualmente os princípios da privacidade, da intimidade e do sigilo entre médico e paciente⁴⁰.

Há várias plataformas – inclusive não seguras - em que podem ocorrer a troca de informações e, por consequência, o vazamento de dados, como os aplicativos WhatsApp e Telegram e o correio eletrônico. Recomenda-se a utilização de plataformas que transmitam segurança com a criptografia de forma adequada para o processamento de dados pessoais que as instituições utilizam⁴¹. Lembrando que essa violação dos dados do paciente engloba também os dados clínicos como:

35. **Lei da Telessaúde**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

36. RALPH, Machado. Câmara dos Deputados. **Lei regulamenta a prática da telessaúde em todo o País**. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/932127-lei-regulamenta-a-pratica-da-telessaude-em-todo-o-pais/>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

37. BRASIL. **Lei n.º 14.510**, de 27 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a Telessaúde. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2023.

38. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/para-o-cfm-projeto-de-lei-aprovado-pelo-congresso-esta-em-sintonia-com-a-resolucao-da-telemedicina/>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

39. **Lei da Telessaúde**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm>. Acesso em: 04 abr. 2023.

40. FILHO, Eduardo. **Responsabilidade Civil na Lgpd na Área da Saúde**. In: DALLARI, Analluz; MONACO, Gustavo. Lgpd na Saúde. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1250396534/legpd-na-saude>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

41. DALLARI, Analluz Bolívar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

resultados de exames, suspeitas de determinados quadros, assim como o tratamento destes dados sem o consentimento do paciente. É preciso também atentar para a hipótese de compartilhamento de dados do paciente com a finalidade distinta ao propósito do consentimento outorgado pelo paciente⁴².

Além disso, as consequências do vazamento desses dados podem importar na violação “aos deveres de sigilo, transparência, informação, com desrespeito à autonomia do paciente, ao direito de consentir e de modo amplo à proteção de dados pessoais”⁴³.

Para assegurar e prevenir eventuais vazamentos de dados, a Lei da Telessaúde ampara, no seu artigo 26-G, inciso II, que a prática deverá:

prestar obediência aos ditames das Leis n.º s 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), 12.842, de 10 de julho de 2013 (Lei do Ato Médico), 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e, nas hipóteses cabíveis, aos ditames da Lei n.º 13.787, de 27 de dezembro de 2018 (Lei do Prontuário Eletrônico).

Ademais, partindo da premissa de que a telessaúde abrange a telemedicina, conforme mencionado acima, a Resolução do CFM n.º 2.314, de 20 de abril de 2022, traz, no parágrafo único do artigo 15, considerações acerca da necessidade do consentimento explícito do paciente ou de seu representante legal referente ao compartilhamento ou não de seus dados pessoais, salvo em casos de emergências⁴⁴.

Para reforço dessa proteção, a Lei Geral de Proteção de Dados⁴⁵ assevera, no inciso XII do artigo 5º, que consentimento é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Consoante ao exposto sobre a definição de consentimento, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados não faz menção à necessidade de o documento ser por escrito. Todavia, em eventual inversão do ônus da prova, caberá ao médico comprovar que ocorreu o consentimento, de acordo com o que prevê a legislação sobre a proteção dos dados pessoais. Além do mais, deve ficar comprovado que o consentimento não foi concedido de forma genérica, mas, sim, com finalidades específicas para cada novo ato

42. NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Capítulo 5. As Violações de Dados Pessoais na Telemedicina: Tecnologia, Proteção e Reparação ao Paciente 4.0 In: NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1804175589/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

43. NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Capítulo 5. As Violações de Dados Pessoais na Telemedicina: Tecnologia, Proteção e Reparação ao Paciente 4.0 In: NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1804175589/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023>>. Acesso em: 10 abr. 2023..

44. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução CFM n.º 2314/2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2314_2022.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

45. BRASIL. **Lei n.º 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

realizado pelo profissional para não resultar em vício de consentimento e, por consequência, nulidade do ato⁴⁶.

É muito importante que o profissional da saúde exponha ao paciente e/ou ao representante legal quais são as vantagens e as desvantagens sobre o fornecimento dos dados pessoais referentes à saúde, pois esses são considerados alvos de crimes virtuais. Os limites protetivos dos dados dos pacientes alcançam não apenas o sistema privado, mas também as entidades públicas diretas e indiretas⁴⁷.

A nova lei que ampara a telessaúde não trouxe grandes mudanças em comparação com a telemedicina. Porém, os profissionais terão que ter uma maior prevenção ao tratar os dados pessoais dos pacientes e/ou de seus representantes legais, visto a vasta quantidade de informação e de dados pessoais disponibilizados entre os profissionais – médicos e outros da equipe multidisciplinar.

6. LGPD NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A Constituição Federal⁴⁸ garante que a “saúde é um direito de todos e um dever do Estado” (artigo 196). Todavia, ampara também que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (artigo 199). Dessa forma, no Brasil, a saúde é constituída pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o qual é financiado pelo Estado, pelo Sistema de Saúde Suplementar – planos privados contratados por meio de operadoras de saúde⁴⁹. Com isso, foi promulgada a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998⁵⁰, que dispõe sobre os planos e os seguros privados de assistência à saúde.

Ademais, as operadoras de planos de saúde, para atuar nesse mercado e comercializar os seus produtos, possuem o requisito de estar obrigatoriamente registradas na ANS. Em contrapartida, os contratantes podem ser pessoas jurídicas ou físicas, titular ou dependente, que utilizam o serviço de saúde contratado⁵¹.

Segundo o artigo 3º da Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2020⁵², a finalidade da ANS é “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde,

46. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

47. NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Capítulo 5. As Violações de Dados Pessoais na Telemedicina: Tecnologia, Proteção e Reparação ao Paciente 4.0 In: NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1804175589/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

48. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

49. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

50. BRASIL. **Lei n.º 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.656-1998&OpenDocument>. Acesso em: 10 abr. 2023.

51. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

52. BRASIL. **Lei n.º 9.961**, de 28 de janeiro de 2020. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9961&ano=2000&ato=a57QTWq1kMNpWT33e>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

Com isso, passou a vigorar a Resolução Normativa n.º 305, de 09 de outubro de 2012⁵³, que estabelece a troca de informações na Saúde Suplementar por meio do padrão TISS, o qual possui a interoperabilidade entre a Agência Nacional da Saúde e o Ministério da Saúde, sendo uma das finalidades “compor o registro eletrônico dos dados de atenção à saúde dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde”.

Nessa linha, o artigo 5º da Resolução Normativa define que “o Padrão TISS abrange as trocas dos dados de atenção à saúde prestada ao beneficiário de plano privado de assistência à saúde gerados na rede de prestadores de serviços de saúde da operadora de planos privados de assistência à saúde”.

Ademais, o artigo 4º da Resolução acima menciona que a troca de informações de dados de atenção à saúde pelo padrão TISS ocorre entre a operadora de planos privados de assistência à saúde; o prestador de serviços de saúde; o contratante do plano (coletivo ou individual); o beneficiário do plano, seu representante legal ou seus dependentes e a ANS.

Após a promulgação da Resolução Normativa n.º 305/2012, a ANS publicou uma nota referente à base do TISS⁵⁴, conceituando-o como:

é um painel que permite visualizar as quantidades e o valores médio, por UF, faixa etária, sexo, de honorários praticados em procedimentos ambulatoriais (médicos, laboratórios, clínicas) e em procedimentos realizados em ambiente hospitalar nos estabelecimentos que prestam serviço às operadoras de planos de saúde.

Nota-se que, no âmbito da Saúde Suplementar, há uma imensa disponibilização e tratamento de dados pessoais e de dados de saúde, que compõem o sistema de várias instituições públicas e privadas. Para aumentar o limiar de prevenção de vazamento desses dados, além do exposto na LGPD, a Agência Nacional da Saúde publicou a Nota Técnica n.º 3/2019/GEPIN/DIRAD-DIDES/DIDES⁵⁵. No corpo do texto, a referida Nota Técnica traz diversas explicações sobre a LGPD. Entretanto, não menos importante, dispõe sobre a proposta de implementação dos requisitos do tratamento de dados na ANS, propondo dois planos de ação: 1) “Dos impactos da LGPD na dimensão institucional” e 2) “Dos impactos da LGPD nas obrigações do regulado”.

53. AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE – ANS. **Resolução Normativa n.º 305/2012**. Estabelece o Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar. Brasil: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <https://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/sau/legis/ans/2012/res0305_09_10_2012.html>. Acesso em: 11 abr. 2023.

54. AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE – ANS. **Método de Seleção das Operadoras e Eventos para o D-TISS**. Estabelece o Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar. Brasil: Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/d-tiss/nota-metodologia-selecao-doperadoras-e-base-de-eventos-para-o-dtiss.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

55. AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE – ANS. **Nota Técnica n.º 3/2019/GEPIN/DIRAD-DIDES/DIDES**. Brasil: Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.sbac.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Nota-Te%CC%81cnica-sobre-LGPD.pdf>>. Acesso em: 11/04/2023.

Objetiva-se com o plano de ação da dimensão institucional “estabelecer etapas e responsabilidades para implantação dos requisitos da Lei Geral de Proteção de Dados para que a Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS) esteja apta a cumprir a lei a partir da data de sua vigência”. E, com o Plano de Ação para as obrigações do regulado, “promover as adequações necessárias das regras de envio de informações obrigatórias para a ANS para atender aos requisitos da LGPD”.

Frisa-se que, apesar da Lei amparar de várias maneiras a proteção dos dados, é de grande relevância o “mapeamento das interações que são realizadas, seus fluxos de dados, tipos de dados coletados e compartilhados, base legal, sempre avaliando a finalidade, a necessidade, os requisitos de segurança da informação e demais exigências da lei⁵⁶”.

7. NOTAS CONCLUSIVAS

O aumento exponencial do avanço da tecnologia trouxe benefícios para a área da saúde e, em contrapartida, eventuais prejuízos, referentes ao tratamento de dados pessoais dos pacientes ou de seus representantes legais. Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, o cenário legislativo aumentou a prevenção da exposição desses dados pessoais na tentativa de amenizar os danos aos usuários. É notório o aumento na captação de dados pessoais e possíveis vazamentos desses dada a facilidade por meio de aplicativos de conversas ou redes sociais. Basta uma rápida busca na internet para verificar os inúmeros casos de vazamento de dados pessoais e de saúde de pacientes e os prejuízos que causam.

Em análise ao artigo, é possível fazer uma breve reflexão da imensidão de troca de dados pessoais que existem e quantas pessoas possuem acessos ou realizam o tratamento desses dados.

É necessário o cuidado com o próximo em todas as áreas, pois trata-se de dados que podem identificar o paciente. Frequentemente, o profissional da saúde ou terceiro repassa essas informações sem um intuito específico, o que, futuramente, poderá gerar um dano muitas vezes irreversível na vida do paciente lesado.

56. DALLARI, Analluz Bolívar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE – ANS. **Método de Seleção das Operadoras e Eventos para o D-TISS**. Estabelece o Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar. Brasil: Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/ acesso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/d-tiss/nota-metodologia-selecao-doperadoras-e-base-de-eventos-para-o-dtiss.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. **PROCESSO Nº: 33910.029786/2019-51 – NOTA TÉCNICA Nº 3/2019/GEPIN/DIRAD-DIDES/DIDES**. Disponível em: <<https://www.sbac.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Nota-Te%CC%81cnica-sobre-LGPD.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

Bases Legais de Tratamento. Disponível em: <<https://trilhante.com.br/curso/lgpd/aula/bases-legais-de-tratamento-2>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BARBOZA, Herbert Adriano; LOTT, Juliana Itaborahy; SILVA, Maria Teresa Ferreira da; COSTA, Michelle Amorim. **Descomplicando a LGPD na área da saúde**. Direito Preventivo para Profissionais da Saúde. São Paulo: Editora IPDMS, 2022, p. 27.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656compilado.htm#:~:text=L9656compilado&text=LEI%20N%C2%BA%209.656%2C%20DE%203%20DE%20JUNHO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20planos%20e%20seguros%20privados%20de%20assist%C3%Aancia%20%20C3%A0%20sa%C3%BAde.&text=%20A7%205o%20%20C3%89%20vedada,privado%20de%20assist%C3%Aancia%20%20C3%A0%20sa%C3%BAde.>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 9.961**, de 28 de janeiro de 2020. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm#:~:text=Cria%20a%20Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de,ANS%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.787**, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13787.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.989**, de 15 de abril de 2020. Lei da Telemedicina. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 14.510**, de 27 de dezembro de 2022. Altera a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da tele saúde em todo o território nacional, e a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta CFM n.º 4.384/07 – Parecer CFM n.º 6**, de 05 de fevereiro de 2010. Ementa: O prontuário médico de paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de cujus, sucessores ou não. O direito ao sigilo, garantido por lei ao paciente vivo, tem efeitos projetados para além da morte. A liberação do prontuário só deve ocorrer ante decisão judicial ou requisição do CFM ou de CRM. PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 4.384/07 – PARECER CFM Nº 6/10. INTERESSADO: CRM-CE. ASSUNTO: Liberação de prontuário médico a representante legal de paciente falecido. RELATOR: Cons. Renato Moreira Fonseca. RELATOR DE VISTA: Cons. Carlos Vital Tavares Corrêa Lima. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2010/6>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.605**, de 29 de setembro de 2000. O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica. Revoga-se a Resolução CFM n.º 999/1980. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.638**, de 10 de julho de 2002. Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução Conselho Federal de Medicina n.º 1.821**, de 11 de julho de 2007. Modificada pela Resolução CFM n.º . 2.218/2018. * Ver também Lei n.º 13.787/2018. Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.314**, de 20 de abril de 2022. Define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2314_2022.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

Digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13787.htm> . Acesso em: 04 abr. 2023.

FILHO, Eduardo. **Responsabilidade Civil na LGPD na Área da Saúde** In: DALLARI, Analluza; MONACO, Gustavo. **LGPD na Saúde**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1250396534/lgpd-na-saude>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

LEITE, Luiza. Capítulo II. Tratamento de dados Pessoais In: FEIGELSON, Bruno; BECKER Daniel. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <<http://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1314940806/capitulo-ii-tratamento-de-dados-pessoais-comentarios-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lei-13709-2018#a-239335771>>. Acesso em: 03 abr. 2023.

MALDONADO, Viviane Nobrega; BLUM, Renato Opide. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Livraria RT, 2020, p. 18.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN n.º 305**, de 9 de outubro de 2012. Esta Resolução estabelece o Padrão obrigatório para Troca de Informações na Saúde Suplementar - Padrão TISS dos dados de atenção à saúde dos beneficiários de Plano Privado de Assistência à Saúde; revoga a Resolução Normativa - RN n.º 153, de 28 de maio de 2007 e os artigos 6º e 9º da RN nº 190, de 30 de abril de 2009. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2012/res0305_09_10_2012.html>. Acesso em: 10 mai. 2023.

NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Capítulo 5. As Violações de Dados Pessoais na Telemedicina: Tecnologia, Proteção e Reparação ao Paciente 4.0 In: NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. **Debates Contemporâneos em Direito Médico e da Saúde** - Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1804175589/debates-contemporaneos-em-direito-medico-e-da-saude-ed-2023>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

RALPH, Machado. Câmara dos Deputados. **Lei regulamenta a prática da telessaúde em todo o País**. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/932127-lei-regulamenta-a-pratica-da-telessaude-em-todo-o-pais/>>. Acesso em: 04 abr. 2023.

SIMONELLI, Osvaldo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 148.

ENTRE CRENÇAS E CURAS: A INFLUÊNCIA DAS FAKE NEWS E DA FÉ NA MEDICINA

BETWEEN BELIEFS AND CURES: THE INFLUENCE OF FAKE NEWS AND FAITH IN MEDICINE

Marianna Vial Brito¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução do pensamento científico. 3. Amor, fé e medicina. 4. O impacto das mídias sociais na atividade médica. 5. As consequências e suas responsabilizações. 6. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: No decorrer dos milênios, assim como a sociedade, a medicina evoluiu muito devido aos avanços tecnológicos obtidos. Contudo, mesmo com todo o conhecimento adquirido até os dias atuais, constata-se que uma parte da sociedade permanece acreditando em crenças populares sem nenhum tipo de comprovação científica. Dessa maneira, o escopo desse estudo é analisar como foi o trajeto da comunidade médica diante dos obstáculos causados pela ignorância técnica acerca do tema, bem como demonstrar os impactos provocados por essas ações. No mesmo sentido, investigar o modo como as mídias sociais têm afetado a relação médico-paciente, apurando, inclusive, os aspectos éticos e jurídicos que a envolvem.

Palavras-chave: Direito Médico. Mídias sociais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da autonomia da vontade. Relação médico-paciente.

Abstract: Over the millennia, as well as society, medicine has evolved a lot due to the technological advances obtained. However, even with all the knowledge acquired until the present day, it appears that a part of society remains believing in popular beliefs without any type of scientific evidence. In this way, the scope of this study is to analyze how the path of the medical community was faced with the obstacles caused by technical ignorance on the subject, as well as to demonstrate the impacts caused by these actions. In the same sense, investigating how social media have affected the doctor-patient relationship, including investigating the ethical and legal aspects that involve it.

Keywords: Medical Law. Social media. Principle of human dignity. Principle of autonomy of will. Doctor-patient relationship.

1. Advogada, inscrita na OAB-RJ, especialista em Direito Médico pelo Centro Educacional Renato Saraiva (CERS) e em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes e autora de artigos jurídicos. E-mail: vialmarianna@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Ao analisarmos todo o desenvolvimento da sociedade, percebemos que nunca na história a população ocidental viveu tanto e de forma tão sadia quanto atualmente. Por certo, tal fato se deriva, em grande parte, dos avanços tecnológicos na área da saúde durante todos esses anos. Tornando-se, dessa maneira, incontestável que, somente por decorrência da evolução da medicina no último século, foi possível que houvesse a presente qualidade de vida. De antemão, é importante destacar que essas conquistas se deram graças ao conjunto de fatores e de associações com outras áreas da saúde. Por exemplo, a contribuição dada pelos laboratórios farmacêuticos, que, devido às suas infinitas pesquisas, têm viabilizado a criação de diversos medicamentos indispensáveis para a manutenção da vida humana, como a penicilina, utilizada nos campos de batalha da Segunda Grande Guerra. Igualmente, o surgimento da vacina BCG, que previne a infecção que pode gerar a meningite tuberculosa ou tuberculose miliar, entre outros incontáveis progressos.

No mesmo liame, podemos destacar também a primeira revolução farmacológica de 1950, que conseguiu formular novas drogas biológicas, que matam bactérias e melhoram o controle das doenças por deficiências, isso sem mencionar os efetivos medicamentos, como a droga psicoterápica clorpromazina. Ou seja, conclui-se que tais avanços, tanto na esfera científica quanto na terapêutica, não ocorreram casualmente, mas, sim, foram fruto de um longo trabalho de pesquisa. No entanto, apesar dos estudos e de suas comprovações científicas, observa-se que a ciência sempre competiu com outros meios para o alcance da saúde plena, sejam eles comprovadamente eficazes ou não, como encantamentos, talismãs e curas através de ervas supostamente medicinais. Em outras palavras, se por um lado vemos os inúmeros progressos conquistados pela sociedade médica, paradoxalmente, a ciência sempre atraiu também dúvidas e descrenças.

Nesse sentido, nota-se que o mais preocupante em relação a essas descrenças se refere às medidas que um indivíduo pode tomar, tendo em vista que, se uma pessoa acredita que um determinado medicamento inadequado possa proporcionar a cura para uma doença, ela tende a propagar essa mensagem em seu círculo social, por exemplo. A *contrario sensu*, se ela não acredita na eficácia de um remédio, provavelmente, evitará o uso em si ou para outros. Por essa razão, o negacionismo e as fake news, independentemente da origem, seja por desconhecimento ou crenças, permanecem ganhando força até hoje, dificultando não só a medicina, mas a ciência como um todo.

Dentro dessa crise da realidade, é necessário, desde já, diferenciar que somente o fato de discordar de alguma comprovação científica não torna a pessoa um negacionista, uma vez que há diferenças básicas entre o cético e o negacionista. A principal delas é que o cético, para acreditar em algum achado científico, exige comprovações robustas, o que

não ocorre com o negacionista, que simplesmente nega os fatos, sem sequer checar as evidências para contestá-los.

Um ponto interessante do negacionismo é que, na maioria dos casos, não ocorre especificamente contra um fato ou consenso científico em si, mas pelas possíveis consequências reais ou presumidas. Quer dizer, caso as pessoas não tivessem problemas em enfrentar as consequências daqueles fatos, não teriam motivação para relutar tanto com a realidade como ela é. Exemplificando, se o aquecimento global é real, precisaríamos reduzir ou liquidar o consumo de combustíveis fósseis. Logo, seria mais fácil negar a existência do efeito estufa do que buscar fontes inteligentes de energia. Observa-se, desse modo, que o negacionismo surge em decorrência da ameaça que grupos poderosos ou comunidades com grande apelo de identidade, sejam elas étnicas, religiosas, políticas ou religiosas, pela forma como se sentem com as comprovações científicas. No caso acima citado, poderíamos destacar os grandes donos de refinarias.

Partindo para a esfera médica, um grande modelo de negacionismo ocorreu na África do Sul entre os anos de 1999 e 2008, quando o então presidente Thabo Mbeki negou a gravidade do surto de aids que estava ocorrendo e, por consequência, viabilizou que o país detenha atualmente quase 20% dos infectados no mundo, sendo o quarto no ranking com mais registros de casos, segundo o *Joint United Nations Program on HIV/AIDS* (UNAIDS).

Recorda-se, ainda, que, durante esse período, Tshabalala-Msimang, ministra da Saúde, confirmou que não havia motivo de preocupação, indicando uma alimentação à base de leguminosas, como beterraba, alho e suco de limão, para a prevenção do vírus HIV, o que veio a se mostrar totalmente ineficaz contra a doença.

Ao pensar nos casos do Brasil, podemos mencionar as diversas falas do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro durante o período da pandemia do vírus SARS-CoV-2, iniciada em 2019, contra as vacinas para a covid-19, bem como a sua defesa descabida do uso da ivermectina para a cura da doença, quando os pesquisadores já afirmavam sua ineficiência para esse fim.

Dessa forma, definir-se-á negacionismo como o ato de negar a realidade para si e para o mundo, fato bem consolidado ou de consenso científico, sem embasamento de qualquer evidência científica contundente para tal. Logo, o negacionismo científico nada mais é que a crítica ao consenso em bases frágeis ou inexistentes e, por esse motivo, os autores negacionistas insistem nessas teses, mesmo que já tenham sido refutadas.

Esclarece-se que o mais prejudicial nessa realidade é quando essas ideias deixam de ser abordadas no campo científico e são levadas ao grande público, pois acaba deixando

de ser um debate sério para se transformar em um grande tribunal de opiniões, já que a opinião pública não possui conhecimento básico necessário para contestá-los, o que impede um debate sadio e construtivo. Por essa razão, o escopo do presente artigo é analisar como se deu o desenvolvimento do pensamento científico e tudo o que o envolve até os dias atuais, uma vez que, conforme mencionado, com os desenvolvimentos tecnológico e social, diversas relações foram afetadas, inclusive a relação médico-paciente. Além disso, verificar-se-á se as referidas modificações foram benéficas ou não para o tratamento dos pacientes, estudando as diferentes abordagens dentro da doutrina, os julgados acerca do tema, bem como os princípios preconizados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e todos os demais influenciadores em um processo terapêutico.

2. A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO CIENTÍFICO

Conforme apresentado, os povos, desde os primórdios da civilização, reagiram às doenças de acordo com a forma como entendiam a sua natureza e as suas causas. Nesse diapasão, estudos apontam que nossos ancestrais concluíam que as doenças eram ocasionadas por intermédio de forças misteriosas e invisíveis, tal qual espíritos malignos, deuses vingativos, maldições ou, inclusive, influência maligna das estrelas. Por isso, as pessoas buscavam causas imediatas para a solução das suas enfermidades, como bloqueio de energia, banho de ervas, entre outras.

Até o presente momento, não há registros das crenças médicas na humanidade pré-histórica. No entanto, algumas evidências de sociedades anteriores demonstram e corroboram essa interpretação, uma vez que os papiros de Edwin Smith, datados em 1.600 a.C., descrevem a doença como “algo que entra, vindo de fora” e segue explicando o que poderia ser uma maldição divina. Mais adiante, encontramos registros no Avesta, livro sagrado de Zaratustra, da Pérsia antiga, que definiu a medicina como uma batalha contra os demônios. Curiosamente, tal entendimento se estendia mesmo quando a doença era visível, como uma ferida infeccionada ou um parasita, pois as pessoas permaneciam acreditando que aquele mal se tratava de uma intervenção divina. Por esse motivo, a busca para a cura não era tão rigorosa ou objetiva como deveria.

Entretanto, embora não seja essa a verdadeira intenção, muitas recomendações religiosas eventualmente causavam impactos na saúde humana. A título de exemplo podemos citar as regras estabelecidas no livro de Levítico, que, em muitas partes, foram regras de um bom código de higiene, pois reduziam os riscos de infecção ou de intoxicação alimentar. De igual maneira, na Índia antiga, os hindus, ao praticarem sua religiosidade, acabavam, consequentemente, preservando a própria saúde, como é o caso do mandamento

do banho, que visa a purificar o fiel, deixando-o limpo e leve. Vale destacar que a referida limpeza deveria atingir os dez órgãos sensoriais – olhos, nariz, ouvido, língua, mente, umbigo, mãos, genitais, pernas e ânus – e, na impossibilidade, dever-se-ia, pelo menos, umedecer as mãos, as pernas, o rosto e o cabelo. Ou seja, ainda que sejam mandamentos religiosos, por vezes, acabam sendo regras básicas para manutenção da saúde, o que seria descoberto apenas séculos mais tarde.

Acredita-se que Hipócrates foi um dos primeiros a discordar dessa tese de intervenção divina nos assuntos de saúde, quando questionou a causa da “doença sagrada”, forma como era conhecida a epilepsia. Para o pai da medicina, a doença que fora dita como sagrada, não parecia ser, de forma alguma, mais divina, nem mais sagrada do que as outras, logo, teria a mesma natureza que as outras enfermidades e a mesma origem. Contudo, por não ter conseguido comprovar a causa natural da epilepsia, suas palavras pouco ajudaram para acabar com a opinião geral.

Em razão do desenvolvimento do raciocínio científico e da chegada do microscópio, no final dos anos 1500, Leeuwenhoek e Hooke adicionaram esses microrganismos para a atenção do mundo científico. Porém, somente após o descobrimento da presença desses microscópicos vermes no sangue dos infectados pela peste bubônica, feito pelo acadêmico alemão e jesuíta Athanasius Kircher em 1646, a comunidade científica começou a vislumbrar a possibilidade de que era esse o motivo de algumas doenças.

Coube, então, a Louis Pasteur, em 1864, depois de uma série de experimentos, forjar uma ligação entre micróbios e contágio. Para isso, utilizou os processos da fermentação e da putrefação para comprovar que a causa é devido aos germes e que poderia evitá-los somente com o uso do calor. Dando seguimento aos trabalhos de Pasteur, em 1876, Robert Koch foi além e conseguiu identificar o bacilo responsável pelo antrax, permitindo ligá-lo como responsável pela cólera e pela tuberculose, fazendo desse período um divisor de águas na história da medicina.

Contudo, além dos vírus, das bactérias e dos parasitas, ainda há diversas questões que conduzem ao adoecimento do organismo. Nesse sentido, sabemos que o corpo humano necessita de quantidades minúsculas de alguns componentes químicos, também conhecidos como vitaminas, e que a falta delas pode ocasionar a incidência de determinadas doenças. Sobre o assunto, Hipócrates mencionou uma das primeiras doenças derivadas da insuficiência de vitaminas, o escorbuto. Originada pela deficiência de vitamina C, tornou-se um grande problema durante o século XV, especialmente nas expedições marítimas, sendo apelidada como a “praga dos mares” e o “mal dos marinheiros” por dizimar inúmeras tripulações.

De igual forma, os hormônios também são substâncias químicas importantíssimas para o corpo humano e agem como mensageiros dentro do organismo. Portanto, qualquer tipo de distúrbio pode acarretar doenças. Nesse aspecto, o primeiro distúrbio hormonal a ser investigado foi o diabetes, o qual se verifica quando o pâncreas deixa de produzir ou produz de maneira insuficiente o hormônio da insulina, fazendo com que o indivíduo não consiga absorver o açúcar como deveria. O primeiro médico a fazer uma descrição da doença foi Avicenna. Todavia, o gosto adocicado na urina foi notado, apenas em 1674, pelo médico Thomas Willis, fazendo com que a nomeasse como diabetes *mellitus*, que significa mel, em decorrência da maneira que se diagnosticava o distúrbio à época.

Outra descoberta revolucionária foi a de Rudolf Virchow, o pai da patologia, que verificou que os cânceres são produzidos por células anormais que se reproduzem rapidamente. Embora as causas de muitos cânceres não sejam plenamente conhecidas, alguns fatores genéticos, o estilo de vida e os fatores ambientais podem ser catalizadores da doença.

Dessarte, assim como o entendimento humano e a ciência evoluíram, concomitantemente, o modelo de doenças também evoluiu. De forma que as crenças das pessoas na visitação divina, no desequilíbrio dos humores do organismo ou nas emanções do mal vindas de pântanos e de lugares sujos deram lugar à ciência.

A essa altura, a comunidade científica já tinha conhecimento de que as doenças têm muitas causas diferentes: bactérias, vírus e protozoários; desequilíbrios bioquímicos; disfunções; acidentes genéticos; estilo de vida; abuso de substâncias e até mesmo fatores ambientais. Em vista disso, não só os modelos de doenças mudaram, bem como os modos de tratamento se aprimoraram, fazendo com que algumas enfermidades se tornassem menos agressivas ou desaparecessem com o decorrer dos anos.

A partir desse momento, os profissionais da área da saúde aprenderam habilidades práticas e adquiriram conhecimentos baseados em raciocínio e em observação, ainda que fosse de modo inexato. Homens e, mais tarde, mulheres passaram a receber treinamento e a se dedicarem a processos de aprendizado antes de poderem praticar os atos da medicina. Assim, formalizavam um longo período de estudos acadêmicos e de prática clínica supervisionada antes de poderem atuar como médicos, enfermeiros, parteiros, cirurgiões ou qualquer outra especialização paramédica.

Diante do exposto, vimos que, no início da civilização, a medicina era uma arte quase que mágica para a população, que, devido ao pouco conhecimento sobre o funcionamento do organismo, atrelava aos deuses o poder da cura. Todavia, conforme os estudos do corpo humano se intensificaram, a medicina, automaticamente, foi se afastando dos rituais mágicos e da religião para se tornar uma ciência.

3. AMOR, FÉ E MEDICINA

Muito embora, no capítulo anterior, tenha sido demonstrada a importância do estudo científico nas questões de saúde, é válido destacar que também há influência cientificamente comprovada de diversos outros meios de tratamento, além dos “convencionais”. Assim, o presente tópico apresentará como o cuidado integral da saúde, incluindo as crenças dos indivíduos, pode fazer a diferença entre o êxito ou o fracasso no processo de cura.

Como vimos, desde o início da civilização, o homem correlacionou a ciência e a religião, de modo que a medicina, a astronomia e a matemática sempre foram de grande importância para a religião. Todavia, para compreender o significado da fé como elemento científico, primeiramente, é necessário distinguir a fé da filosofia, bem como a fé da religiosidade.

O apóstolo Paulo, no capítulo 11, versículo 1, da carta aos Hebreus da Bíblia, conceitua fé como “o firme fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que se não veem”. Em outras palavras, trata-se da crença em algo que não é visto materialmente.

Já, no que se refere à filosofia, de acordo com Thomas Browne², o simples fato de acreditar em possibilidades não é fé, mas, sim, meramente, filosofia. Logo, o conceito de fé se refere ao fato de que a crença exige a confiança em algo superior à capacidade humana e nas leis naturais vigentes no universo.

Por sua vez, a espiritualidade e a religiosidade, embora tratadas como sinônimos em muitos estudos, possuem diversidades e complexidades em seus conceitos. Resumidamente, os autores descrevem religiosidade como o ato de aderir às crenças e às regras de uma determinada instituição religiosa.

Já no tocante à espiritualidade, entende-se que seria uma espécie de afinidade estabelecida entre um indivíduo e uma força superior na qual ele acredita. Isso significaria dizer que a religiosidade é o quanto a pessoa confia, segue e pratica a religião. Assim, a espiritualidade seria um sentimento pessoal e a religião é a forma de expressá-la. Dessa forma, ambas estão relacionadas, porém não são sinônimas.

Então, o questionamento que fica é: a fé e a ciência são opostas ou são complementares? Em decorrência do avanço tecnológico e da própria ciência, durante muitos anos, a fé passou a ser algo oposto à razão e, conseqüentemente, foi desassociada da lógica humana, causando, inclusive, inúmeros preconceitos às crenças religiosas.

2. BROWNE, Thomas. *Religio Medici*, 1643. The Harvard Classics, vol. 4. New York, Collier. 1909, p. 47.

Muito embora grande parte da comunidade científica pensasse dessa maneira, grandes nomes, como Paracelsus e Albert Einstein, discordavam dessa tese. Paracelsus defendia outros métodos terapêuticos, dentre eles, destacava-se a “medicina da fé”, que poderia ser entendida como o uso da fé a seu favor, todavia, essa nunca seria o pilar na luta contra a sua doença. Na mesma linha, Einstein afirmava que quanto mais ele acreditava na ciência, mais acreditaria em um Deus. Ou seja, trata-se de uma relação intercalada por diversas fases, ora de distanciamentos, ora de alianças.

Insta salientar desde já que a própria neurociência já constatou que a forma que cada pessoa entende o mundo não é uma análise exata do mundo físico. Outrossim, aspectos e características essenciais no nosso cotidiano nem sempre existem de fato. Em outras palavras, a nossa percepção visual demonstra a nossa dificuldade de assimilar informações enquanto observamos o mundo, devido à imensidade de conteúdo que nele existe, fazendo, assim, com que cada um tenha uma experiência individual e subjetiva, pois nossos comportamentos são resultado de como nossa projeção foi treinada.³

Diante das particularidades de cada indivíduo, nota-se que uma das principais preocupações da comunidade médica é a respeito dos abusos e das manipulações das emoções do povo feitas por determinadas crenças, que, no momento de fragilidade, ao invés de estimularem os métodos de cura, acabam influenciando negativamente com seu radicalismo, estimulando, inclusive, o abandono do devido tratamento médico, despejando suas crenças somente nas promessas espirituais. Todavia, no tocante à influência da fé na evolução dos tratamentos de doenças crônicas e graves, já existem diversas pesquisas que demonstram que a fé é o resultado da interconexão de várias regiões cerebrais. Sabe-se que as orações repetitivas diminuem os batimentos cardíacos e o ritmo da respiração, baixando até mesmo a pressão arterial e reduzindo também a velocidade das ondas cerebrais.

Portanto, percebe-se que a espiritualidade e a oração possuem sentido por si mesmas e, por esse motivo, a crença do paciente não pode ser tratada somente como complemento do procedimento médico, afinal, trata-se da individualidade de cada um. Sendo imperioso que toda a equipe médica respeite os valores religiosos durante o tratamento, uma vez que eles não podem ser desconsiderados ou menosprezados por ninguém, haja vista ser um direito fundamental, descrito no art. 5º, VI, da Constituição Federal (CF) de 1988. Permitindo, dessa maneira, que os valores religiosos sejam um poderoso aliado, não só para o conforto do paciente, como também apresentando-se como mais um recurso para sua total recuperação.

3. RAMACHANDRAN, V.S.; GREGORY, R.L. **Perceptual filling in of artificially induced scotomas in human vision**. Nature 350:699-702, 1991. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/350699a0>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

Assim, compreende-se que, para tratar uma doença, devemos tratar do paciente. Para isso, deve ser levado em consideração que cada indivíduo possui suas crenças e valores. Logo, é imprescindível que a equipe médica observe suas devoções, uma vez que a medicina, a psiquiatria, a psicologia e a psiconeuroimunologia trouxeram evidências suficientes para entender que a fé é uma das dimensões do ser humano.

3.1 Os princípios aplicados na relação médico-paciente

Ao analisarmos a prática médica, observa-se que, para que a ética exista, é necessário protegermos diversos aspectos do paciente, além da integridade física. Em outras palavras, embora o respeito à vida seja um princípio fundamental, para a ética médica, ele não é inflexível, haja vista que, como demonstrado, deve-se assegurar as peculiaridades e as características de cada caso. Nessa seara, verifica-se, ainda, que muitos dos princípios que tangem à ética médica são encontrados na própria Carta Magna. O primeiro deles se refere à autonomia da vontade do paciente e, já em seu preâmbulo, garante, indiretamente, ao cidadão brasileiro o exercício dos direitos e das liberdades individuais.

Acerca do tema, o doutrinador José Afonso de Silva⁴ sustenta que a liberdade é um direito fundamental. Conseqüentemente, a liberdade do querer compreenderia a capacidade da pessoa realizar suas escolhas, sem qualquer tipo de coação ou de interferência. Nesse caso, tratar-se-ia de uma característica externa, na qual se permite agir de forma autônoma.

Obviamente, a escolha de um paciente ou de um cliente em relação à sua própria saúde está intrinsecamente entrelaçada com diversas peculiaridades, emocionais e psíquicas, tendo em vista que nem todas as decisões estão fundadas na racionalidade. No entanto, nada impede que seja dado o direito de escolha do próprio tratamento.

Ante a presente ressalva, insta salientar que a autonomia, dentro da Bioética, compõe-se com mais três pilares, quais sejam, beneficência, não-maleficência e justiça. De forma que, para decidir sobre o próprio destino, são necessárias determinadas condições preexistentes, como o indivíduo ter a intenção de atingir uma finalidade, bem como a noção das consequências dos atos e a isenção de influência externa. Isso permite que a medicina seja forjada em uma confiança mútua, na qual ambos, paciente e médico, sabem que irão respeitar suas decisões, consoante ao que fora anteriormente estabelecido. Um grande exemplo é a ordem de não-reanimação em ambiente extra-hospitalar.

Destaca-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi elevado à condição de direito universal pela Organização das Nações Unidas (ONU) através da

4. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010. p. 48.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, passando a ter proteção em âmbito internacional.

No Brasil, o constituinte de 1988 preconizou a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, conforme visto no artigo 1º, inciso III, dando ao cidadão plenos direitos e deveres. Dessa forma, a Carta Magna estabeleceu que a dignidade é atributo próprio do homem, sendo inerente à sua vontade e, por esse motivo, agregam-se a esse conceito diversos outros direitos secundários, como os direitos à liberdade e da consciência do homem em sua autodeterminação. Por fim, no que tange à autodeterminação na esfera da ética médica, pode ser observada quando o paciente tem o direito de escolha de como será o proceder do seu próprio tratamento ou quando toma decisões acerca do seu plano de existência, de vida e de saúde, bem como da integridade físico-psíquica⁵.

Essa possibilidade ocorre em decorrência do dever do médico de prestar todas as informações e avisar sobre os riscos dos procedimentos a serem realizados, o que anteriormente não era previsto, basta ver que a relação do médico com o paciente era paternalista. Em outras palavras, não havia transparência, uma vez que o paciente não tinha conhecimento pleno das medidas tomadas.

Ressaltando, desde já, que tal realidade somente foi possível devido à análise constitucional da dignidade da pessoa humana e todas as suas implicações no âmbito dos direitos da personalidade, bem como a própria revolução da ética médica na relação médico-paciente, pois, caso contrário, não haveria possibilidade de uma cooperação mútua e harmônica, prejudicando ainda mais a dignidade dessa relação.

4. O IMPACTO DAS MÍDIAS SOCIAIS NA ATIVIDADE MÉDICA

Nas palavras de Yves-François Le Coadic⁶, a informação é um conhecimento registrado sob as formas escrita, oral ou audiovisual. Nesse ângulo, a informação seria um elemento de sentido, cujo objetivo é a apreensão de sentidos ou de seres em sua significação. Em outras palavras, seria a transmissão de um significado para outro ser consciente.

Acerca do tema, há os que defendem que o conceito da palavra informação sempre estará ligado ao significado, que, no caso, é sinônimo de mensagem, de notícia, de fatos ou de ideias, os quais são repassados para os demais indivíduos como forma de conhecimento e são estabelecidos mediante cada contexto social e cultural⁷.

5. DINIZ, Maria Helena Diniz. *O estado atual do Biodireito*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. pp. 672-673.

6. LE COADIC, Yves-François. *A Ciência da Informação*. Brasília, DF: Briquet de Lemos, 1994. p. 5.

7. CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. O conceito de informação. *Perspectivas em Ciências da Informação*, v. 12, n. 1, p. 148-207, jan./abr. 2007, p. 193.

Atualmente, a internet pode ser considerada como o principal veículo de informação, haja vista o imenso impacto causado pelos seus usuários através dessa tecnologia. Nesse contexto, as redes sociais estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano e atividades. Seja no simples ato de compartilhar um momento do dia ou para expressarmos nossa opinião, elas estão lá consumindo, ano após ano, mais do nosso tempo. De acordo com o relatório Digital 2021, realizado em parceria pelas empresas We Are Social e Hootsuite, devido ao ano de pandemia do vírus SARS-CoV-2 e o distanciamento social realizado, as atividades digitais foram extremamente impulsionadas. Tais dados demonstram, ainda, que o brasileiro consome diariamente, em média, 10 horas e 08 minutos usando a internet e, parte desse tempo, 03 horas e 42 minutos, em mídias sociais. Destarte, somente por esses dados, verificamos o tamanho da influência que essas formas de comunicação possuem.

Consequentemente, as mudanças causadas pela cibercultura impulsionaram também o modo que as relações na área da saúde se desenvolvem. Isto porque, devido aos avanços tecnológicos, diversas ferramentas foram proporcionadas e auxiliam não só os pacientes, como também a atividade dos médicos, como aplicativos de monitoramento da saúde e robôs “cirurgiões”, entre outros. Inclusive, em razão do fácil acesso à informação, permitiu-se que os pacientes aprofundassem seu conhecimento acerca das suas próprias doenças, através do compartilhamento de experiências. É quando surgem os denominados pacientes experts⁸, que, resumidamente, seria o indivíduo que pesquisa incansavelmente conteúdos a respeito da sua saúde, como tratamentos, sintomas e custos. Em outras palavras, trata-se de um consumidor diferenciado do conteúdo médico, pois possui uma relativa quantidade de informações a mais do caso, fazendo com que o médico tenha uma preocupação maior com esse paciente, uma vez que ele é mais propenso a não acatar passivamente as determinações médicas, por achar que já detém o conhecimento total da situação, muitas das vezes, maior do que o do próprio profissional.

Nesse diapasão, no início dos anos 1970, Marc Haug⁹ já apontava que, devido ao aumento da escolaridade da população e o fácil acesso dos estudos técnico-científicos, automaticamente ocorreria a degradação de várias profissões, entre elas, a medicina. Para isso, a tese sustenta que o conhecimento científico desmitificaria a figura do médico, retirando sua postura paternalista, reduzindo, inclusive, seu poder e seu prestígio social.

Em contraponto, Freidson¹⁰ defendeu que, na relação médico-paciente, a autoridade se baseia mediante o conhecimento técnico que o profissional tem acerca da enfermidade. Nesse contexto, afirmou que:

8. GARBIN, H.B.R.; PEREIRA NETO, A.F.; GUILAM, M.C.R. **The internet, expert patients and medical practice**: an analysis of the literature. *Interface - Comunic., Saúde, Educ.*, v.12, n.26, p. 579-88, jul./set. 2008.

9. HAUG, M. **A re-examination of the hypothesis of physician deprofessionalization**. *Millbank Q.*, v.66, suppl 2, p. 48-65, 1988.

10. FREIDSON, E.A. **The reorganization of the medical profession**. In: HAFFERTY, F.W.; MCKINLAY, J.B. (Orgs.) **Medical work in America: essays on health care**. New Haven: Yale University Press, 1989. p. 178-205.

A noção de que a população apresenta hoje, em média, um melhor nível educacional que no passado é verdadeira, mas a suposição de que isso reduz o ‘gap’ de conhecimentos entre a medicina e o consumidor da saúde é válida somente se o conhecimento e a técnica médica tivessem estagnado e não tivessem evoluído. (1989, p. 185) (Tradução livre)

Importante destacar que esse comportamento, chamado *empowerment*¹¹, baseia suas pesquisas em qualquer tipo de conteúdo, não se restringindo ao conhecimento cientificamente comprovado, mas, também, em relatos, opiniões e experiências de pessoas com problemas correlatos, com as quais trocam informações em blogs, fóruns de discussão ou comunidades virtuais. Ou seja, trata-se de um conteúdo com procedência, muitas vezes, duvidosa.

Em razão disso, um dos fatores mais preocupantes dessa nova realidade é a qualidade da informação, uma vez que, ante a ansiedade da cura, os pacientes acabam acreditando em qualquer esperança, ainda que essa possibilidade atrapalhe o andamento do tratamento, conforme anteriormente apresentado.

Acerca do tema, a pesquisadora Edlaine Villela¹² sustenta que:

[...] o que se tem observado com frequência, é o mau uso da grande mídia em prol da melhoria da saúde da população brasileira. Existe, mergulhado nesse cenário mídia-saúde, um problema ético, o qual precisa ser debatido sempre que possível para que a sociedade consiga desenvolver sua sensibilidade para avaliar se os meios de comunicação estão cumprindo seu papel de forma satisfatória quando a pauta é saúde.

Nesse vértice, podemos citar o caso das informações propagadas durante a pandemia de coronavírus, que, devido à falta de estudos sobre a doença, ocasionou uma explosão de notícias falsas, sem qualquer tipo de embasamento científico. Dentre elas, podemos mencionar a indicação de ingestão do metanol, de desinfetantes e de outros tipos de substâncias químicas lesivas à saúde humana como possível tratamento, que causaram intoxicação em várias pessoas e até levou à morte.

Além dos mencionados métodos, houve ainda os boatos de que as vacinas contra o vírus poderiam causar a morte dos indivíduos após 15 dias da aplicação, o que gerou uma onda de rejeição às vacinas. Esse tipo de propagação tem sido um agravante no quesito da imunização, pois diversos grupos de risco, como indígenas, recusaram-se a vacinar, alegando que seria a “vacina com o chip da besta fera”, uma vez que eles seriam feitos de “cobaias para os homens brancos”.¹³

11. *Empowerment*, do inglês, fortalecimento, empoderamento.

12. VILLELA, Edlaine Faria de Moura. *Dengue na mídia: tudo aquilo que você não vê*. Judiaí: Paco editorial, 2016, p. 48.

13. DANTAS, Carolina. *71% dos indígenas aldeados da Amazônia não foram vacinados contra Covid*, indicam dados do governo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/02/18/71percent-dos-indigenas-aldeados-da-amazonia-nao-foram-vacinados-contr-covid-indicam-dados-do-governo.ghtml>>. Acesso em: 05 abr 2022.

Buscando dirimir todo esse caos gerado pelas fake news, o governo do Amazonas promulgou a Lei n.º 5.369, de 05 de janeiro de 2021, na qual fica estabelecida uma multa, na quantia que varia de R\$ 1.000,00 até R\$ 10.000,00 para quem, dolosamente, divulgasse, por meio eletrônico ou similar, notícias falsas sobre epidemias, endemias ou pandemias dentro do território do estado do Amazonas. Entretanto, destaca-se que a Lei não especifica o que seja uma fake news, nem mesmo define qual órgão tem competência para a sua fiscalização e como será tal procedimento. Ainda no texto legal, fica estabelecido que todo o valor arrecadado será revertido para o tratamento de epidemias no estado do Amazonas, bem como o próprio Poder Executivo poderá regulamentar a referida Lei, a fim de que haja sua fiel execução.

Além dessas medidas, verifica-se a criação de outros projetos de lei, como o Projeto de Lei (PL) n.º 2.630/2020, apresentado pelo senador Alessandro Vieira (Cidadania – SE), que visa a instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, a qual tem como uma das finalidades criar mecanismos de defesa contra a proliferação das fake news em redes sociais, garantindo, sobretudo, a liberdade de expressão, de imprensa e outros direitos constitucionalmente previstos.

Desse modo, conclui-se que o perigo da distorção informacional midiática desencadeia atitudes contrárias às recomendadas pela própria comunidade médica, pois, quando o indivíduo não encontra as informações que busca da maneira adequada ou esperada, acaba suprimindo essa ânsia através do seu convívio social, como é atualmente o caso das vacinas contra o coronavírus (SARS-CoV-2) que tiveram diversas informações disseminadas sem nenhum tipo de base científica. Logo, atentar-se à veracidade das informações é de suma importância para a saúde da população como um todo, visto que o grande engajamento das mídias sociais causa imensa repercussão no comportamento da nossa coletividade.

5. AS CONSEQUÊNCIAS E SUAS RESPONSABILIZAÇÕES

De modo geral, saúde é o bem-estar físico e psíquico, que beneficia não só o indivíduo, mas, também, a sociedade como um todo, visto que a ausência dela impacta diretamente na coletividade, seja no aumento do uso das unidades de saúde ou na economia por falta de mão de obra.

Nos termos do artigo 196 da nossa Carta Magna, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, senão vejamos:

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.

Dessa maneira, o constituinte estabeleceu que são de alta relevância pública todas as ações e os serviços na área da saúde, cabendo ao próprio poder público dispor, através de leis, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle, o que acarretou um aumento significativo na evolução quantitativa e qualitativa da responsabilidade civil nos últimos anos, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Dentre os inúmeros motivos para o fato, destacam-se as falhas na formação do profissional, a proliferação dos cursos de medicina, o distanciamento entre médicos e pacientes, a falta de infraestrutura e de medicamentos nas unidades de saúde, bem como a regulamentação consumerista aplicada nesse tipo de contrato. Por esses motivos, torna-se fundamental o estudo dos pressupostos e das razões que baseiam a responsabilidade civil aplicada à atividade médica, haja vista se tratar de um direito vital ao ser humano.

Sabe-se, assim, que a responsabilidade legal do médico é um assunto antigo. Todavia, devido a todas as alterações no modo do médico se relacionar com o paciente, às novas tecnologias e às próprias mudanças da sociedade, a responsabilidade civil do profissional da área de saúde se tornou um dos temas mais preocupantes. O que exige atenção constante dos operadores do direito, uma vez que há a distinção entre as obrigações de meio e de resultado, inclusive no dever da devida prestação de informação ao paciente, como mencionado no tópico anterior.

Em um conceito mais amplo, a responsabilização civil nada mais é do que a reparação de um dano existente, guardando em si um sentimento social e humano, que fundamenta, no plano moral, a sujeição do autor do ato danoso à reparação da lesão, tendo em vista que, na concepção social, sempre que alguém causar um dano esse deverá ser reparado. Todavia, para a referida reparação é necessário que estejam enquadrados certos requisitos preestabelecidos, que se desenvolveram no decorrer dos séculos, como veremos a seguir.

5.1. A evolução histórica da responsabilidade civil médica

Observa-se que, desde a entrada em vigor do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mesmo mantendo conceitos já consagrados pelo ordenamento jurídico, mudanças significativas ocorreram. Entretanto, a responsabilidade médica é um assunto deveras antigo, havendo registros de sanções, inclusive, no Código de Hamurabi.

No entanto, a jurisprudência sobre a responsabilidade médica só foi firmada na França, por intermédio do procurador-geral Dupin. Tudo começou quando, em 1825, o Dr. Hèlie foi chamado para realizar um parto em Dromfront, no qual a criança se encontrava com os dois braços no trajeto vaginal, e ele optou pela amputação dos membros para que houvesse passagem. Após o nascimento da criança, os pais do bebê resolveram entrar com ação em Juízo contra o médico devido à amputação, solicitando que o tribunal exigisse um parecer da Academia de Medicina. Ante o pedido, o parecerista entendeu que o médico não é responsável pelos danos causados, exceto quando o produz intencionalmente, com premeditação e por intensões criminosas. Desse modo, o Dr. Hèlie não tinha responsabilidade pelo ocorrido.

Dez anos mais tarde, Dr. Thouret Noroy, ao atender um chamado, provocou uma sangria na prega do cotovelo do paciente, causando uma lesão em sua artéria. A fim de sanar o erro, colocou bandagens compressivas e deixou o local. Entretanto, o indivíduo permaneceu com muitas dores e foi ignorado pelo médico. Vendo que não seria atendido pelo doutor, buscou outro médico, que, vendo a gravidade da situação, optou pela amputação, assim como no caso anterior. Vendo todos os laudos, o Tribunal Civil de Evreux julgou pela condenação do Dr. Thouret Noroy ao entender que se tratou de uma falta grosseira por imperícia e negligência. Sendo que, nesse momento, o procurador-geral Dupin rebateu todos os argumentos levantados no processo, inclusive os apresentados pela Academia de Medicina, aduzindo, entre outras coisas, o que se segue:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

Em circunstâncias raras, que podem, porém, apresentar-se às vezes, se o médico é levado ante os tribunais, não se deve dizer que sua reputação está sem garantias. Somente seus atos são submetidos à sua equânime apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, quaisquer que sejam os seus estados ou as suas condições.

Na responsabilidade, tal como se pode entender da lei civil, não se trata de capacidade, mais ou menos ampla, ou de talento mais ou menos brilhante, mais ou menos sólido, senão somente da garantia contra a imprudência, a negligência, a pressa e uma ignorância crassa a respeito daquilo que se devia necessariamente saber e praticar em uma profissão.

Os tribunais estão ali para apreciar os feitos, e nesta apreciação não devem perder de vista estes princípios: para que um homem possa ser considerado responsável por um ato em sua profissão, é necessário que haja uma falta em seu ato, que haja sido possível, com uma vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos, garantir-se contra ela; o que no

feito se espera é que a falta seja de tal natureza, que se torne completamente inescusável o havê-lo cometido.

Desde o momento em que os feitos médicos reprovados, que por sua natureza estão exclusivamente reservados às dúvidas e discussões da ciência, saem da classe médica; desde que eles se compliquem de negligência e ignorância de coisas que se devem necessariamente saber, então a responsabilidade de direito comum existe, e a competência da justiça está aberta.

Entre outros conceitos acerca da responsabilidade, Dupin continua:

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

E finaliza dizendo:

Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a Humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral, e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega¹⁴.

Devido ao parecer de Dupin, preconizou-se que o médico, no exercício de suas funções, fica sujeito às sanções legais previamente estabelecidas e que, no ato da aplicação das referidas sanções, os tribunais deverão ser prudentes. Contudo, tal circunstância em nada afeta o prestígio das instituições médicas e, de igual forma, não deverá afetar o progresso da medicina. Ao passo que, atualmente, não só a doutrina como também todo o sistema judiciário aceita o instituto da responsabilidade civil médica.

5.2. Da aplicabilidade da responsabilidade civil médica

Para o convívio em sociedade, o homem estabeleceu que determinados bens e interesses jurídicos deveriam ser tutelados, a fim de que pudessem ser ainda mais protegidos nos casos de algum tipo de ação contra eles. Dessa maneira, a vida, a integridade corporal, a família, a liberdade e a honra tornaram-se direitos indispensáveis para o ser humano, de maneira que passou a ser dever do Estado preservar essas instituições, objetivando a preservação da ordem, bem como a da espécie. Logo, na falta de equilíbrio nas relações

14. GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**. 3ª edição, Editora UNIMONTES, Montes Claros, 2001.

interpessoais, a responsabilidade visa a reparar qualquer espécie de prejuízo derivado de uma ação ou de omissão da qual se é culpado, direta ou indiretamente.

Isso significa dizer que a responsabilidade se trata do conhecimento do que é justo e necessário, não se limitando à esfera moral, como no âmbito das obrigações, que nos estabelece o que é lícito ou ilícito. Nesse sentido, Hermes R. Alcântara discorre:

O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social, produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores.¹⁵

No âmbito profissional, percebe-se que todos os indivíduos, sejam juristas, médicos e toda a coletividade, sujeitam-se a um rol de obrigações, no qual, em caso de descumprimento, acarretam-se sanções.

Acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional, observa-se que, desde o Código Civil, de 1º de janeiro de 1916, já era previsto tal instituto. Por exemplo, o artigo 159 quando estipulava que aquele que causasse, por ação ou omissão, dano a outrem, ficava obrigado a reparar o dano. No mesmo diploma, encontrava-se, ainda, o artigo 1.545, específico para os funcionários da área da saúde, no qual era estabelecido que “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Mesmo com todas as alterações, podemos afirmar que pouco foi alterado no que concerne à responsabilidade civil dos médicos, haja vista que, mesmo com a supressão do citado dispositivo, o atual Código Civil (2002) não deixou de prever os casos de indenização para aquele que, no exercício de suas funções profissionais, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte de um paciente, bem como causar qualquer espécie de lesão ou de inabilidade para o trabalho, conforme prevê o artigo 951. Havendo, dessa maneira, uma ampliação na responsabilidade indenizatória.

Importante destacar que o artigo 927, no parágrafo único, quando o legislador designa que haverá direito de reparação, ainda que sem culpa, nos casos determinados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, devido à sua natureza, risco para os direitos de outrem, acaba por excluir o conceito da necessidade da verificação de culpa, antes empregado no ordenamento anterior.

15. ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

Acerca da responsabilidade, a doutrina adota três teorias clássicas para que seja imputada a culpa do agente, senão vejamos:

- 1) A **teoria da equivalência dos antecedentes**, também conhecida como *conditio sine qua non*, que disciplina o Código Penal Brasileiro, Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, na qual entende que causa é todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido, na forma e no momento em questão;
- 2) a **teoria da causalidade adequada**, que rege o nosso direito privado, sendo desenvolvida para analisar qual exatamente foi o motivo causador do dano, objetivando definir e distribuir devidamente a responsabilidade para a reparação, bem como sua indenização; e
- 3) Por fim, a **teoria da causa eficiente**, que nada mais é do que uma mitigação da teoria da equivalência dos antecedentes, uma vez que entende que jamais existiria o evento danoso, se não houvesse um conjunto de causas antecedentes ao nexo causal. Todavia, uma das causas surgiria como a causa necessária, enquanto os demais fatores seriam causas complementares para a elaboração do todo.

Nesse diapasão, aplicando todas as teorias na relação médica, observa-se que a mais adequada seria a teoria da causa eficiente, tendo em vista que, na responsabilidade médica, existe um conjunto de fatores diversos de causas que concorrem diretamente para o resultado danoso.

Ressalta-se, desde já, que, ao alegar que existem fatores alheios à conduta médica, em momento algum, a doutrina tenta eximir o médico de sua responsabilidade. Entretanto, é necessário determinar objetivamente qual agente foi o determinante para causar o dano ou qual foi o mais lesivo para a saúde do indivíduo. Nessa fase, avaliam-se todos os envolvidos, desde a equipe médica, a infraestrutura do ambiente hospitalar e, até mesmo, as ações do paciente e a influência de terceiros fora do grupo responsável pelo tratamento.

Ao verificar a forma que a responsabilidade da atividade médica está disposta no nosso ordenamento jurídico, percebe-se que se trata de uma responsabilidade subjetiva, uma vez que se impõe nas situações em que houver culpa do agente, no caso, o próprio médico. Contudo, frisa-se que a mencionada culpa deve ser entendida como o desvio do modelo de conduta, no qual não há intenção de causar prejuízo à vítima, mas, ao mesmo tempo, não são tomadas todas as precauções necessárias para evitar o malefício ao paciente, conforme dispõem os artigos 186; 927, *caput*; e 951 do Código Civil e o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 setembro de 1990.

À vista disso, entende-se que o encargo anuído pelo médico se refere a uma obrigação de meio, em que, apenas excepcionalmente, será admitido a responsabilização pelo resultado, tendo em vista que, na maioria das vezes, não é assegurado o objetivo final, sendo apenas imposto que a equipe médica empregue os meios condizentes para esse propósito.

Insta destacar que a grande alteração feita pelo legislador no Código Civil aconteceu com a introdução do artigo 950, no qual foi estabelecido que, desejando o indenizado, o *quantum* indenizatório arbitrado referente às perdas e aos danos poderá ser pago em uma única vez, além dos lucros cessantes, os gastos com tratamento ou funeral, pensionamento ou prestação de alimentos. Nesse vértice, o artigo 948, inciso II, do mesmo dispositivo ainda incluiu uma parte que toda condenação, a título indenizatório, deve levar em conta a estimativa de vida da vítima. Ou seja, se, por exemplo, um indivíduo com idade aproximada dos 70 anos, podemos almejar que ele viveria, em média, mais uns 5 ou 6 anos, levando em consideração os dados trazidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), logo, a condenação seria referente a esse período. No caso de dependentes da vítima, o entendimento majoritário seria de uma condenação em favor de seus filhos até que atingissem os 25 anos, ao final da instrução universitária, admitindo-se, obviamente, prova em contrário. No que concerne ao prazo prescricional das ações relativas ao estado das pessoas, o legislador optou por encurtar o prazo, uma vez que era de 20 anos, passando a ser apenas 10 anos, conforme preconiza o artigo 205 do atual diploma.

Entretanto, Miguel Kfour Neto¹⁶ enfatiza que os médicos devem se esforçar ao máximo, utilizando os meios cabíveis, para obtenção da cura, valendo-se, acima de tudo, da prudência e da dedicação exigível. Corroborando com o doutrinador, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto¹⁷ afirmam que não é função do médico chegar ao resultado pretendido, por exemplo, a cura de uma enfermidade. Entretanto, é imprescindível que o agente aja com as devidas diligência e atenção, à luz dos dados constantes na ciência, cujos conteúdos são sempre atualizados.

Ao passo que se faz essencial salientar que atualmente existe uma grande parte da doutrina e dos tribunais afirmando que, nos casos de cirurgia plástica embelezadora, o médico é responsável por garantir o resultado pretendido, o que não ocorre nos casos de cirurgia reparadora ou reconstrutora, na qual permanecerá sendo obrigação de meio.

Outro ponto indispensável concerne ao dever de informar do médico, que, mesmo tendo cumprido com todas as precauções para o procedimento, somente por não

16. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

17. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Responsabilidade civil na área médica. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CÉSAR SILVA, Michael. **Direito privado e contemporaneidade**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020.

ter informado devidamente o paciente de todos os riscos, os benefícios e os contornos do diagnóstico, do prognóstico e do tratamento, será responsabilizado. Logo, a culpa se mostra não pelo fato de negligência, de imprudência ou de imperícia, mas, sim, pela omissão ou incorreta informação prestada pelo profissional.

Nas palavras de André Gonçalo Dias Pereira¹⁸, o consentimento informado é “um instituto que visa à autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impedem sobre o médico ou sobre o paciente”. De modo que, conforme discorrido nos tópicos anteriores, é dever do agente da saúde informar de maneira clara e, preferencialmente, por escrito, todos os possíveis resultados do procedimento ao indivíduo, requerendo, inclusive, a assinatura do paciente, a fim de que comprove a anuência de tudo que foi avaliado no caso.

No que tange ao *quantum* indenizatório, atualmente, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram critérios básicos, que o Superior Tribunal de Justiça denominou como “método bifásico”, uma vez que, na primeira fase, avaliar-se-á a similaridade com outros casos e, somente após essa etapa, partiríamos para a segunda fase, na qual são avaliadas as peculiaridades com dano no caso concreto em análise.

De acordo com o preconizado no artigo 944 do Código Civil, o valor de uma indenização deve ser medida conforme a extensão do dano, trazendo à ordem jurídica brasileira o que ficou conhecida como função reparatória da responsabilidade civil, cujo objetivo é substituir a perda indevida com a exata magnitude do dano sofrido, seja ele material ou moral.

Nesse sentido, vê-se o entendimento dos superiores tribunais:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MATERIAL CURATIVO DEIXADO EM FERIMENTO CIRÚRGICO. PROCESSO INFECCIOSO E DIFICULDADE DE CICATRIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDOTA MÉDICA CONSIDERADA INADEQUADA. DANOS MORAIS. QUANTUM. VALOR RAZOÁVEL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o acórdão recorrido adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.
2. Não configura cerceamento de defesa a ausência de complementação de prova pericial na hipótese em que as instâncias ordinárias consideraram as provas constantes dos autos suficientes ao julgamento da lide.
3. No caso dos autos, o Tribunal Estadual, ao analisar as provas constantes dos autos, em especial a perícia médica realizada, concluiu que o tratamento recomendado pela equipe médica, ainda que não tenha sido a única causa da infecção que acometeu a

18. PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado em Portugal: Breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca (SP), v. 12, n.2, 2017.

paciente, motivou a sua piora. A alteração desse entendimento demanda o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ.

4. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais somente pode ser revisado em sede de recurso especial quando irrisório ou exorbitante. Precedentes.

5. No caso, o montante fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não se mostra exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos em decorrência de conduta médica inadequada que dificultou a resolução de processo infeccioso que acometeu a recorrida.¹⁹

Portanto, infere-se que, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro, a medicina também preconiza que o princípio da boa-fé objetiva seja o pilar de qualquer relação médico-paciente, uma vez que, sem um fundamento ético, individual e social, não conseguiríamos o alcance pleno da dignidade da pessoa humana e, por resultado, não poderíamos continuar preservando nossa espécie.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

De maneira simplificada, aprendemos que a tarefa da medicina é basicamente preservar a sua matéria-prima em perfeito funcionamento, ou seja, manter o corpo humano nas condições necessárias para sua sobrevivência. Contudo, para que isso ocorra, é imprescindível que tenhamos expertise acerca do real problema. Nesse sentido, vimos que, desde o surgimento das primeiras enfermidades, houve pessoas dispostas a ajudar. No entanto, em decorrência da falta de conhecimento técnico, reagíamos à doença conforme o que entendíamos sobre a natureza e suas causas. Logo, quando nos faltavam justificativas para tal fato imputávamos as causas aos deuses e às forças sobrenaturais.

Com a evolução natural dos povos, aprendemos mais sobre o devido funcionamento do corpo humano, como também sobre os elementos que o cercam, e reconstruímos nosso meio de viver e de nos comunicar. Hoje, as pessoas sabem em segundos fatos que ocorreram no outro lado do mundo e compartilhamos informações com o mundo inteiro apenas com um clique.

A tecnologia avançou e a medicina também. Novas doenças surgiram, pandemias vieram, o isolamento social chegou e nós tivemos que nos reinventar. Nunca vivemos tão juntos e ao mesmo tempo tão separados. A conectividade, oriunda da internet, possibilitou que médicos atendessem seus pacientes dentro das suas casas, através da telemedicina, e pessoas do mundo inteiro voltaram seus olhos para a saúde e passaram a compartilhar informações e opiniões. Porém, as perguntas que ficam são: até que ponto tanta informação é benéfica para a relação médico-paciente? E, quanto ao conteúdo, podemos confiar em tudo que vemos?

19. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1614620*, Relator: Raul Araújo, Quarta Turma, Data do Julgamento: 24/08/2020, Data de Publicação: 15/09/2020.

Como demonstrado, desde os anos 1970, os estudiosos já apontavam preocupação com a popularização dos conhecimentos na área da saúde e com a forma que a interferência se daria, uma vez que poderia afetar diretamente o tratamento da doença, pois promoveria um certo desprestígio do profissional, em razão de romper a ligação paternalista anteriormente existente na relação médico-paciente.

Contestando essa tese, há os que defendem que a referida relação sempre se baseia na confiança do médico e na experiência adquirida por ele no decorrer dos anos de estudo. Por esse motivo, ainda que o paciente venha a ter um estudo aprofundado acerca de uma enfermidade, nunca seria maior do que o profissional especializado na área. Assim, o conhecimento do paciente não reduziria a sua autoridade e a estima social, mas, sim, fortaleceria a relação. Além do que, esse movimento de busca de alternativas fora do ambiente hospitalar sempre existiu, muito antes do surgimento da internet, quando as pessoas buscavam pessoas dentro do seu círculo social.

Logicamente que, devido à expansão da internet, as fake news foram impulsionadas, o que prejudicou o trabalho das equipes de saúde, uma vez que são tão rápidas e destrutivas quanto uma doença. Dessa forma, torna-se fundamental o apoio do Estado intervindo nessas ações, seja com projetos de lei que tipifiquem essas condutas como crime ou com a divulgação de campanhas para propagar as informações corretas.

De igual maneira, é indispensável que haja uma associação com as plataformas dessas mídias sociais, com o propósito de que os meios de coerção sejam mais rápidos e eficazes, uma vez que cada acesso gera um impacto catastrófico, principalmente, nas camadas com menor escolaridade. Por isso, é necessário o devido esclarecimento da população, principalmente no que concerne às questões de saúde pública, pois, a cada dia que passa, as informações e suas consequências ficam mais descontroladas, podendo ser a diferença entre a vida ou a morte de um paciente.

Em todo caso, independentemente das divergências e das complicações apresentadas, o escopo do presente artigo é ressaltar a importância do conhecimento técnico-científico, pois, mesmo com o empoderamento dado ao paciente através dos novos meios de comunicação, em hipótese alguma, fará com que tais conhecimentos sejam superiores aos do próprio especialista, que se dedicou e vivenciou anos de sua vida em busca da cura. Dessa forma, conclui-se que todo conhecimento é bem-vindo, quando trazido como complemento ao tratamento médico, sendo substancial que os profissionais se vinculem aos pacientes, ouvindo-os, absorvendo e valorizando cada dado trazido, a fim de oferecer mais do que apenas um recurso terapêutico, mas, sim, dignidade ao indivíduo que se apresenta o mais vulnerável nessa relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. **Revista Bioética**, v.17 (3): 2009, p. 438/440.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Responsabilidade médica**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

AMAZONAS. **Lei n.º 5.369**, de 05 de janeiro de 2021. Dispõe sobre a multa para quem divulgar por meio eletrônico notícias falsas (fake news), sobre epidemias, endemias e pandemias. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=407632>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil do Estados Unidos do Brasil. Código Civil de 1916. **(Revogado pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais.>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil (CC). Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2023.

_____. **Projeto de Lei n.º 2.630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BROWNE, Thomas. **Religio Medici**, 1643. The Harvard Classics, vol. 4. New York, Collier. 1909.

CAIRUS, HF., and RIBEIRO JR., WA. Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. **História e Saúde collection**.

CIA.gov. **HIV/AIDS** – Adult prevalence rate. Disponível em: <<https://www.cia.gov/the-world-factbook/field/hiv-aids-adult-prevalence-rate/country-comparison>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

DANTAS, Carolina. **71% dos indígenas aldeados da Amazônia não foram vacinados contra Covid**, indicam dados do governo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/02/18/71percent-dos-indigenas-aldeados-da-amazonia-nao-foram-vacinados-contra-covid-indicam-dados-do-governo.ghtml>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **O estado atual do Biodireito**. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREIDSON, E.A. How dominant are the professions? In: HAFFERTY, F.W.; MCKINLAY, J.B. (Orgs.). **The changing medical profession: an international perspective**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 54-66.

- _____. The reorganization of the medical profession. In: _____ **Medical work in America: essays on health care.** New Haven: Yale University Press, 1989. p. 178-205.
- GARBIN, H.B.R.; PEREIRA NETO, A.F.; GUILAM, M.C.R. **The internet, expert patients and medical practice: an analysis of the literature.** Interface - Comunic., Saúde, Educ., v.12, n.26, p. 579-88, jul./set. 2008.
- GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico.** 3ª edição, Editora UNIMONTES, Montes Claros, 2001.
- HAUG, M. **A re-examination of the hypothesis of physician deprofessionalization.** Millbank Q., v.66, suppl 2, p. 48-65, 1988.
- _____. **Deprofessionalization: an alternative hypothesis for the future.** Sociol. Rev. Monogr., v.20, p. 195-211, 1973.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 10ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.
- LE COADIC, Yves-François. **A Ciência da Informação.** Brasília, DF: Briquet de Lemos, 1994.
- MADRUGA, Célia Maria Dias. **Importância da fé na medicina.** Disponível em: <[https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletins-epidemiologicos/edicoes/2021/boletim_epidemiologico_svs_12.pdf](https://portal.cfm.org.br/artigos/importancia-da-fe-na-medicina/#:~:text=Dentre%20os%20meios%20terap%C3%AAAuticos%20propostos,causa%20suficiente%20para%20muitas%20curas%E2%80%9D.>. Acesso em: 05 mar. 2022.</p><p>MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretária de Vigilância em Saúde. Boletim Epidemiológico 12. Disponível em: <. Acesso em: 13 fev. 2022.
- MIOVIC, M.; MCCARTHY, M.; BADARACCO, M.A.; GREENBERG, W.; FITZMAURICE, G.M.; PETEET, J.R. - **Domains of discussion in psychotherapy: what do patients really want?** Am J Psychother 60(1):71-86, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 de mai. 2023.
- PASTERNAK, Natalia. **Contra a realidade: a negação da ciência, suas causas e consequências/Natalia Pasternak, Carlos Orsi.** – 1. ed. – Campinas, SP: Papyrus 7 Mares, 2021.
- PEREIRA, André Gonçalves Dias. O consentimento informado em Portugal: Breves notas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca (SP), v. 12, n.2, 2017.
- PERES, M.F.P. et al. A importância da integração da espiritualidade e da religiosidade no manejo da dor e dos cuidados paliativos. **Rev. Psiq. Clin.** 34, supl I, 82-87, 2007.
- PERES, J.F.P.; SIMÃO, M.J.P.; NASELO, A.G.. Espiritualidade, religiosidade e psicoterapia. **Rev. Psiq. Clin.** 34, supl 1; 136-145, 2007.
- PORTER, Roy. **Cambridge: a história da medicina.** Rio de Janeiro: Ed. Thieme Revinter, 2008.
- RAMACHANDRAN, V.S.; GREGORY, R.L. **Perceptual filling in of artificially induced scotomas in human vision.** Nature 350:699-702, 1991. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/350699a0>>. Acesso em: 06 mar 2022.
- ROONEY, Anne. **A história da medicina** – das primeiras curas aos milagres da medicina moderna. São Paulo: Ed. M. Books, 2013.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Responsabilidade civil na área médica. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CÉSAR SILVA, Michael. **Direito privado e contemporaneidade**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020.

SENADO FEDERAL. **Genocídio das vítimas da Aids**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/408851/noticia.htm?sequenc>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AGInt no AREsp 1614620**, Relator: Raul Araújo, Quarta Turma, Data do Julgamento: 24/08/2020, Data de Publicação: 15/09/2020. Disponível em: <<http://stj.jus.br>> Acesso em: 18 mar. 2022.

VILLELA, Edlaine Faria de Moura. **Dengue na mídia**: tudo aquilo que você não vê. Judiaí: Paco editorial, 2016.

WE ARE SOCIAL. **Digital 2021**. Disponível em: <<https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital/>>. Acesso em: 18 mar. 2022.



ANADEM 25 *anos*

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIÉTICA

Apoio científico:



ASOLADEME
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico
Sede Brasil



UNIVERSIDAD CATORCENARIENSE



APEDIMES
Associação Pernambucana
de Direito Médico e da Saúde





Apoio científico:



ASOLADEME
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico
Sede Brasil



Universidade Corporativa Anátem



APEDIMES
Associação Pernambucana
de Direito Médico e da Saúde

