



**Introdução ao Direito Médico e ao Biodireito
-E-BOOK-**

Pedro Henrique Menezes Ferreira

**Belo Horizonte
2021**



F383i Ferreira, Pedro Henrique Menezes
Introdução ao direito médico e ao biodireito. / Pedro
Henrique Menezes Ferreira. Belo Horizonte: FAMINAS,
2021. e-book
68p.

ISBN: 978-65-89983-13-2

1. Direito fundamental à saúde. 2. Direito médico. 3.
Biodireito. I. Ferreira, Pedro Henrique Menezes. II. Título.

CDD 344.8104

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Cristina de Souza Maia- CRB6-2294



APRESENTAÇÃO

A iniciativa em produzir este e-book surgiu ao ministrar a disciplina “Direito Médico e Bioética”. Durante todo o processo percebi que o conteúdo poderia ser muito útil aos docentes e estudiosos da área e principalmente, que poderia auxiliar os estudantes da área médica e do direito no processo de ensino aprendizagem.

Pedro Henrique Menezes Ferreira



SUMÁRIO

UNIDADE 1- DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	5
Referências Bibliográficas	27
UNIDADE 2- Do Biodireito	29
Referências Bibliográficas	38
UNIDADE 3- O DIREITO MÉDICO	40
UNIDADE 4- A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS	54
Referências Bibliográficas	70



Unidade I - Do Direito Fundamental à Saúde

1.1 A afirmação do direito à saúde na história brasileira.

1.2 A tutela da saúde nas constituições brasileiras e na legislação infraconstitucional.

1.3 A natureza jurídica da saúde

1.4 Jurisprudência avançada em matéria de direito à saúde.

UNIDADE 1- DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Introdução da Unidade

A **unidade 1** propiciará o estudo e a compreensão da saúde enquanto direito positivo. Para tanto, analisaremos os principais tratados internacionais acerca do tema e, uma vez compreendida a relevância dos referidos documentos, abordaremos a efetivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, de modo a compreender a sua natureza jurídica e o entendimento dos tribunais superiores acerca do alcance e das prestações compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Objetivos da Unidade

Ao final desta unidade, espera-se que você tenha desenvolvido as seguintes habilidades:

- Identificar o processo histórico que possibilitou a elevação da saúde à categoria de direito fundamental positivo;
- Conhecer as características do direito à saúde na Constituição Federal de 1988;
- Problematizar a natureza jurídica do direito à saúde;
- Compreender o entendimento dos Tribunais Superiores, em especial o STJ e o STF, no que se refere ao alcance da responsabilidade do Estado na efetivação das prestações de saúde.



Vamos lá?

Conteúdo

Leia os trechos selecionados da reportagem abaixo e depois apresente uma solução para o problema formulado.

'Por que minha filha de 15 anos quer retirar o útero'

Natasha Lipman e Kirstie Brewer /BBC Stories

Matéria publicada em 17 de junho de 2017

Elizabeth* teve de lidar com pensamentos suicidas desde o dia de sua primeira menstruação. O alívio, conta, chegou apenas aos 42 anos, quando se submeteu a uma histerectomia (cirurgia de retirada do útero). Ela e sua filha Grace*, de 15 anos, sofrem da mesma forma grave de síndrome de tensão pré-menstrual (TPM) – e querem que a adolescente passe, já agora, pelo mesmo tratamento drástico para se livrar a menina desse pesadelo hormonal.

Grace afirma ter resolvido que não terá filhos, e está ressentida pelo fato de sua mãe não ter feito o mesmo.

"Minha mãe me deu algo com o que tenho que lidar nos próximos 40 anos", diz a adolescente. **Ela quer ser a terceira geração da família a fazer uma histerectomia. Mas não aos 30 ou 40 anos, como a mãe e a avó fizeram, e sim agora, aos 15.**

A síndrome alimenta explosões de ansiedade, raiva, psicose e dores físicas debilitantes. A ansiedade de Grace piorou desde que começou a menstruar, e ela muitas vezes se sente "triste, com raiva e exausta".

A escola é uma luta. A jovem está tentando continuar a ir, mas não vê a hora de terminar.



"Lá eu não consigo me concentrar nos estudos e, quando estou com raiva, sinto que ninguém me entende. Ninguém mais parece estar passando por isso. Me sinto isolada", diz.

Ela fica desesperada para que sua menstruação chegue logo, mesmo que ela tenha pânico disso.

"É um pouco como colocar um alfinete em um balão – eu preciso explodir", explica.

"Mas quando eu estou nesse período, mal consigo funcionar."

Os períodos menstruais de Grace podem durar a maior parte do mês e são tão intensos que ela não consegue ficar uma aula inteira sem precisar trocar o absorvente.

"Eu ficava encharcada através de até oito camadas de roupa e, 20 minutos depois, tudo acontecia de novo", conta.

Dias de fúria

Mas pior do que o sangramento é o profundo sentimento de vergonha e humilhação que se instala depois que ela perde o controle e tem uma violenta explosão.

"Eu me sinto decepcionada comigo mesma, choro de tão envergonhada, quase traumatizada", descreve.

A solução de seu médico foi encorajar Grace a tomar a pílula anticoncepcional quando ela ainda tinha 13 anos. Mas ao tomar o medicamento, que contém uma alta dose de progesterona sintética, ficou violenta da noite para o dia. "Isso tornou a vida realmente horrível para todos", diz Grace.

Quando seu irmão – então com 5 anos – a viu gritando e batendo na mãe, se escondeu na despensa. "Espero que ele não se lembre daquele dia", diz Elizabeth. "Grace estava assustadora, muito assustadora."

A mãe lembra o que aconteceu. A família estava almoçando quando alguém pediu que a adolescente mudasse de lugar. "Aquilo a tirou de órbita, e sem nenhuma razão", diz. Sua fúria escalou, e a jovem acabou destruindo o banheiro.

Essa não era a filha que Elizabeth conhecia – ela descreve Grace como sendo uma garota muito doce.



A pílula estava enchendo o corpo de Grace de progesterona – Elizabeth diz que ambas são hipersensíveis a isso, mas nunca ocorreu ao médico examinar os efeitos adversos de certos hormônios em profundidade.

Grace foi encaminhada a um psiquiatra, que a medicou com antipsicóticos. A intenção era controlar sua raiva e "fazer a família atravessar o período do Natal", lembra Elizabeth.

Mas as coisas ficaram tão ruins que, dois dias após o Natal, a mãe se encontrou com o psiquiatra para conversar sobre colocar sua filha em uma clínica.

(...)

Elizabeth é muito consciente do que uma vida com PMDD poderia significar para sua filha, pois passou por isso sozinha. "Fui mantida como refém pelos meus hormônios desde os 14 anos", diz. Ela também tomou pílula quando adolescente, o que a ajudou com o sangramento, mas não com os sintomas psicológicos. Desde sua primeira menstruação, Elizabeth experimentou pensamentos suicidas.

"Quando me dei conta, nos meus 20 e 30 anos, de que eu estava apenas na metade da minha vida, fiquei aterrorizada", conta. "E agora estou vendo minha filha seguindo o mesmo caminho que eu conheço tão bem."

A luta hormonal de Elizabeth só foi remediada por uma histerectomia aos 42 anos, após ela sofrer de graves dores pélvicas no período que antecedeu a menopausa. Ela teve seus ovários removidos também, e está em tratamento de reposição hormonal.

"Há uma suposição de que você vai se sentir menos mulher porque não tem um útero – mas eu não poderia estar mais feliz em me livrar dele", diz. A mãe de Elizabeth enfrentou o mesmo problema, e fez uma histerectomia aos 35 anos.

Para ler a matéria completa acesse: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44466513> (Links para um site externo.)

Após ler o caso, considere que Grace, ao completar 18 anos, demonstre o interesse de se submeter ao procedimento de histerectomia para pôr fim ao sofrimento causado pela síndrome de tensão pré-menstrual. O pedido de Grace contraria as diretrizes e os protocolos médicos e de saúde pública para a



realização da cirurgia em questão. O pleito em questão deve ser atendido? Na condição de advogado/ assessor do departamento jurídico de determinado hospital, elabore parecer de modo a contribuir para a decisão da equipe médica.

Conteúdo

Nesta sessão estudaremos o processo de afirmação histórica do direito à saúde, direcionando nossa análise para importantes documentos internacionais que contribuíram significativamente para construção de uma compreensão mundial acerca da necessidade de assegurar a todo e qualquer indivíduo o acesso efetivo às prestações necessárias para a promoção e para a recuperação da saúde.

Para tanto, iniciaremos com um vídeo sobre o tema, que será seguido de uma síntese da discussão desenvolvida na aula.

Aproveitem!

Conforme afirmamos no vídeo, o reconhecimento da saúde como direito constitucional positivo é conquista relativamente recente. O histórico da reivindicação social da saúde tem trajetória similar à dos demais direitos humanos. Documentos antigos como o Código de Hamurabi (1772 a.C.) e o Código de Manu (redigido entre os séculos II a.C. e II d.C.) fazem referência à doença e ao exercício do ofício dos profissionais encarregados de cuidar dos doentes sem, no entanto, estabelecer um direito à prestação da saúde. Durante a Idade Média, período que se caracteriza pelo apogeu da religião cristã/católica, a doença era justificada como castigo ou como vontade divina para com o indivíduo, cabendo ao homem se resignar diante dos desígnios de Deus. Em tal período coube à sociedade civil a instituição de sanatórios e de hospitais que se dedicavam ao trato dos moribundos e miseráveis.

A revolução industrial alterou significativamente o papel até então desempenhado pelo Estado em relação ao tratamento das doenças. Para além do progresso e da formação das grandes cidades, a industrialização trouxe também significativos problemas sociais, como: urbanização precária, ausência de serviços de saneamento de água e esgoto que, somadas às exaustivas e precárias condições de trabalho, constituíram o



pano de fundo perfeito para a disseminação de doenças que constituíram verdadeiras epidemias.

A precarização do trabalho e a ausência de serviços essenciais fomentaram a pauta de reivindicações populares que marcaram o início do século XX. Encabeçado sobretudo pelo movimento operário, as reivindicações exigiam melhores condições de vida e de trabalho, impactando diretamente as empresas e a produção.

Em um cenário em que as greves e as paralisações se repetiam em um intervalo cada vez menor, o Estado foi pressionado, tanto pelos trabalhadores quanto pelos empresários, a propiciar melhores condições de vida; reduzir os fatores que colaboravam diretamente para o aparecimento das doenças e, com isso, diminuir os prejuízos da indústria, ocasionados pela incapacidade laboral decorrente do afastamento em razão das enfermidades da época.

Durante a Revolução Industrial, o tratamento da doença seguia o modelo de segregação do doente, a fim de impedir a disseminação e o contágio dos demais operários pela mesma moléstia. Isso se explica pela concepção de saúde difundida à época, qual seja, saúde é ausência de doença. Se não era possível prevenir ou erradicar a doença, fazia-se necessário afastar o doente do convívio social a fim de impedir o contágio das pessoas saudáveis.

A instituição dos sindicatos e a conscientização dos operários acerca precariedade das condições de trabalho, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, inspiraram profundas reflexões acerca do papel a ser desempenhado pelo Estado. A ideia de saúde como ausência de doença, por si só, era falaciosa e, por isso, insuficiente; forçando o desenvolvimento de uma nova concepção de saúde caracterizada, sobretudo, por prestações positivas direcionadas ao Estado e à sociedade.

A saúde somente foi reconhecida e positivada como direito humano na primeira metade do século XX. A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), aprovada em 22 de julho de 1946, durante a realização da Conferência Internacional da Saúde em Nova Iorque, foi o primeiro documento internacional a tratar do acesso aos serviços de saúde e a estabelecer a responsabilidade do Estado pela promoção e proteção da saúde de seu povo, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.



O documento em questão é referenciado pela doutrina que se dedica ao estudo do tema como um marco para a saúde pública, posto ter reconhecido expressamente que a saúde haverá sempre que ser pensada e planejada em um aspecto plural, isto é, de forma coletiva e para a coletividade. Em que pese a relevância histórica do Pacto, o documento não estabeleceu metas e não trouxe ações concretas a serem desenvolvidas pelos Estados signatários sendo, assim, pouco efetivo. Conforme afirma Sueli Gandolfi Dallari, “[...] com efeito, o completo bem-estar físico, mental e social não pode ser conseguido apenas com atitudes isoladas. Ninguém tem condições de alcançar somente com seus próprios meios tal estado de bem-estar na sociedade moderna.” (DALLARI, 1988, p. 329).

Embora a Constituição da OMS tenha sido aprovada em 1946, a criação da Organização se deu em 7 de abril de 1948, quando 26 países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) ratificaram seu Estatuto. Foi a partir da sua efetiva criação que a OMS assumiu o compromisso de trabalhar em prol de assegurar “o grau mais alto de Saúde para todos os seres humanos.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

O documento de 1946 definiu a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946). A conceituação, por ser demasiadamente incerta, foi duramente criticada, posto não oferecer elementos para construção de um padrão global mínimo de saúde. Assim como a saúde não pode ser reduzida à ausência de doença, o estado completo de bem-estar físico, mental e social é também insuficiente para definir um direito indiscutivelmente complexo e relevante. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) fez referência ao direito a saúde no art. 25.1 sem, contudo, definir categoricamente o seu significado, vejamos:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).



É inegável o avanço alcançado na Declaração de 1948 em relação ao conteúdo do direito à saúde se comparado à imprecisão da Declaração de 1946. A partir de então, a saúde passa a ter o seu conteúdo constituído por prestações e ações concretas a serem asseguradas pelo Estado, pela sociedade e, em último, pelo próprio indivíduo que é, a um só tempo, titular e destinatário da saúde quando analisada em seu aspecto individual.

É de se observar, no entanto, que a concepção de saúde inaugurada na Declaração Universal dos Direitos Humanos acabou por vincular o direito à saúde ao direito à vida, estabelecendo uma relação de dependência e subordinação do primeiro em relação ao segundo. No documento o direito à saúde haveria de ser efetivado em razão da necessidade de assegurar ao indivíduo o direito à vida digna. Desse modo, a saúde foi reconhecida como um subdireito, direito de segunda categoria, que se presta à prevalência da vida. Assegurava-se a saúde a fim de garantir que o indivíduo continuasse vivo, negando sua autonomia como direito próprio. Em tal período, a tutela da saúde teria como fundamento a proteção do direito à vida e somente poderia ser invocada quando aquela fosse viável.

Em 1966, quando da aprovação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - incorporado ao Direito nacional por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992 – foram definidos os papéis e as responsabilidades dos Estados signatários na promoção e na recuperação da saúde, vejamos:

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (BRASIL, 1992).

Diferentemente das legislações que o antecederam, o Pacto de 1966 foi o primeiro ato normativo de alcance internacional que elencou em seu texto medidas concretas



a serem implementadas pelos Estados com vistas à promoção e à recuperação da saúde, entre as quais se destacam: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, b) a melhoria dos aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) e prevenção e a luta contra as doenças endêmicas e epidêmicas; e d) a efetivação das condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos para os casos de enfermidade.

Entre outros feitos, o Pacto de 1966 fez cessar a dúvida quanto ao destinatário do Direito à saúde ao atribuir tal responsabilidade categoricamente ao Estado que, a partir de então, passa a ser o devedor de políticas públicas e de ações concretas em favor da recuperação e da promoção da saúde do bem-estar individual e social. A saúde, seja no aspecto coletivo, seja no individual, passa a ser responsabilidade do Estado que, por sua vez, se vê obrigado a prover os meios essenciais à sua prevalência.

Conteúdo

Após conhecer a trajetória da afirmação da saúde como direito humano internacional, voltaremos nossa análise para a realidade brasileira. Nesta sessão analisaremos o tratamento dispensado pelo direito nacional para a matéria, com especial destaque para a constituições e para a legislação infraconstitucional.

Assim como na sessão anterior, partiremos de uma aula sobre o tema e, na sequência, apresentaremos uma sistematização da discussão proposta no vídeo

Aproveitem!

Conforme afirmo na vídeo-aula, no contexto nacional, foi somente com a promulgação da CF/88 que a saúde foi elevada à condição de direito fundamental. Nenhuma das Constituições que a antecederam tratou especificamente da saúde como direito, tendo, quando muito, se limitado a estabelecer a competência da União para legislar acerca da matéria.

A Constituição do Império (1824) e a Constituição Republicana (1891) não se ocuparam da saúde. A Carta Constitucional de 1934 foi a primeira a dispor acerca do



tema, tendo se limitado, no entanto, a estabelecer a competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e assistência pública.

As Constituições subsequentes (1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969) mantiveram o mesmo escopo da Constituição de 1934, fazendo menção ao tema unicamente para estabelecer a competência legislativa da União para instituir normas gerais voltadas à defesa e proteção da saúde.

No âmbito infraconstitucional, a tutela da saúde pública no País tem como marco a primeira metade do século XIX, com a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, tendo em vista a necessidade de se instituir uma estrutura sanitária mínima capaz de atender os nobres que se instalaram, com a corte, na cidade do Rio de Janeiro.

As ações de saúde implementadas até 1850 estavam voltadas à erradicação de doenças endêmicas, como a lepra, a peste, e ao controle sanitário nos portos. Buscava-se, com as ações pontuais em matéria de saúde, eliminar os males e obstáculos com potencial de trazer prejuízos para a ainda incipiente economia brasileira.

As endemias representavam risco para a exportação de café, tendo em vista a possibilidade de proibição do aporte dos navios oriundos do Brasil nos portos da Europa. Para assegurar o comércio dos produtos agrícolas aqui produzidos, foram instituídas, no início do século XX, as campanhas sanitaristas voltadas ao combate de doenças, como varíola, febre amarela e peste bubônica.

A pontualidade das medidas e a concentração das ações na capital do império fez com que as primeiras políticas públicas de saúde em âmbito nacional surgissem apenas após o processo de industrialização e em decorrência de reivindicações encabeçadas pelos operários. O movimento de institucionalização de uma política nacional de saúde no Brasil foi deflagrado em 1920 com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), por meio da Lei nº 3.987, de 02 de janeiro de 1920.

A instituição do DNPS, órgão subordinado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, objetivou ampliar a participação do Estado nas ações de saúde, estendendo sua atuação para além dos limites territoriais da capital.

A precarização do trabalho, ocasionada pelas jornadas excessivas, a negação de quaisquer direitos, o ambiente insalubre das indústrias, a ausência de saneamento



básico e de condições mínimas de vida e saúde dos empregados e de seus familiares contribuíram diretamente para a eclosão dos movimentos grevistas no Brasil que, a exemplo do que já havia acontecido na Europa, reivindicavam condições dignas para os trabalhadores.

Em 1923, foi promulgada a Lei Eloy Chaves - Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 – que institui as caixas de aposentadoria e pensões para os empregados das estradas de ferro existentes no Brasil. A norma em questão é considerada o marco das políticas sociais, haja vista ter sido a primeira legislação que assegurou o acesso a direitos no âmbito da seguridade social. Além de instituir pensão e aposentadoria em favor dos ferroviários e de seus familiares, restou assegurado também o acesso a socorros médicos em caso de doença e a medicamentos.

Inspiradas pelas conquistas dos ferroviários, outras categorias funcionais, como a dos bancários, também instituíram suas caixas de assistência e, por meio delas, asseguraram prestações de saúde em favor de seus filiados e respectivos familiares. Foi em 1930, após a instalação do governo provisório chefiado por Getúlio Vargas, que se começou a estruturar um sistema nacional de saúde pública por meio da criação do Ministério da Educação e da Saúde.

Em 1933 foram estabelecidos os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), em substituição às antigas Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs). Os Institutos, organizados por categoria profissional e administrados pelo Estado, contavam com hospitais próprios e eram encarregados das prestações de saúde de seus associados. Durante o referido período a assistência à saúde era assegurada tão somente aos trabalhadores integrantes dos IAPs e aos seus familiares. Para o restante da população sobravam duas alternativas: a) custear o tratamento de saúde em hospitais particulares; b) recorrer aos hospitais filantrópicos – como as Santas Casas – que prestavam assistência aos necessitados.

O modelo de organização do sistema de saúde vigente no Brasil, na primeira metade do século XX, evidencia um caráter utilitarista, isso porque assegurou o acesso ao tratamento médico não com o propósito de resguardar a dignidade e a vida humana, mas, sim, com o objetivo de manter a mão de obra, e não prejudicar a indústria e a economia nacional.



A Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) - Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, uniformizou os benefícios e os serviços, até os de natureza médica a serem prestados pelos IAPs aos seus filiados. A medida teve por objetivo preparar o terreno para a posterior unificação do sistema previdenciário nacional, por meio do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que se deu efetivamente em 1966 mediante o Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro. Além de incluir todos os trabalhadores brasileiros no âmbito do alcance da Previdência Social, o INPS ampliou significativamente o acesso à saúde.

Em que pesem os avanços sociais decorrentes da instituição de um sistema unificado de previdência, não se pode esquecer que, novamente, a política de saúde pública andou na contramão das necessidades da sociedade da época, isso porque, ao reservar o acesso às prestações de saúde apenas aos trabalhadores filiados ao INPS, acabou por excluir e relegar à própria sorte percentual significativo da população brasileira que, por não possuir um vínculo formal de emprego e não dispor de recursos para custear o tratamento particular, haveria de recorrer, tão somente, às escassas instituições filantrópicas.

A institucionalização da exclusão no campo da saúde e as restrições aos direitos civis, impostas em razão do regime militar instaurado no Brasil na segunda metade do século XX, fomentaram o advento de um movimento social constituído por profissionais da saúde, membros da sociedade, docentes e universitários que se propuseram a debater os problemas decorrentes da falta de acesso ao tratamento médico e a políticas preventivas de saúde. O movimento, que ficou conhecido como Reforma Sanitária Brasileira (RSB), lançou as bases daquilo que, mais tarde, seria chamado de Sistema Único de Saúde.

As propostas encabeçadas pelo RBS foram retomadas em 1986 na ocasião da realização da VIII Conferência Nacional de Saúde que, ao consagrar os princípios da universalidade, integralidade e da descentralização, representou um marco na saúde pública brasileira e resultou na criação, em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

As diretrizes aprovadas por ocasião da VIII Conferência influenciaram positivamente a Assembleia Nacional Constituinte e foram decisivas para a superação do paradigma de segregação e exclusão em matéria de saúde.



A transformação pretendida só restaria possível a partir da construção de um novo conceito de saúde que abrangesse não somente a prestação de serviços médicos, mas que concebesse também outros direitos igualmente essenciais para o resguardo da dignidade humana. Ao tratar do tema, Ana Carolina Brochado Teixeira assim afirmou:

As conclusões da VIII Conferência influenciaram a Assembleia Nacional Constituinte, para transformação do sistema de saúde então vigente de bases antidemocráticas e antipopulares. Para tanto, era essencial assegurar constitucionalmente um novo conceito de saúde que abrangesse não apenas a assistência médica, mas também outros condicionantes como trabalho, alimentação, salário, moradia, etc. A saúde também deveria ser entendida como direito igualitário e universal, sendo dever do Estado sua tutela protetiva e promocional, além de acentuar a natureza pública de ações e serviços de saúde. (TEIXEIRA, 2010, p. 15).

Como consequência da nova conceituação da saúde no contexto normativo nacional, estava posta a necessidade e a urgência de uma redefinição do aparato estatal, a fim de atender às premissas de organização e prestação da tutela pública em matéria de saúde estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Rompe-se com o sistema centralizado e estruturado na prestação privada e de caráter previdenciário para inaugurar um modelo único; descentralizado e de responsabilidade compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios; hierarquizado; gratuito e de acesso universal. Assim, o direito à saúde foi categorizado na CF/88 como direito social, tendo sido expressamente previsto como tal no Art. 6º.

Conteúdo

Depois de conhecer de maneira aprofundada o percurso histórico do direito à saúde, resta evidente a importância desta conquista e a necessidade de assegurar que efetivação e, sobretudo, a evolução do referido direito. Admitir retrocessos em matéria de saúde pública é desmerecer uma luta histórica em prol do reconhecimento de iguais oportunidades de vida e de desenvolvimento.



Muito embora reste inegável o avanço da matéria na Constituição Federal de 1988, é importante registrar que a norma maior acabou por fomentar acaloradas discussões acerca do alcance e da natureza jurídica do direito à saúde.

Dentre as questões que foram (e ainda são) colocadas pela doutrina e pela jurisprudência, podemos destacar as seguintes indagações:

1. Qual é a eficácia do dever geral de saúde atribuído ao Estado no art. 196 da CF/88?
2. Trata-se o direito à saúde de direito social/fundamental, direito público subjetivo ou direito da personalidade?
3. As referidas categorias são complementares ou antagônicas?

Para a melhor compreensão das questões acima apresentadas, assista ao vídeo abaixo que abordará, em síntese, a natureza jurídica do direito à saúde.

Aproveitem!

Como mencionamos na aula III, o direito à saúde foi categorizado na CF/88 como direito social, tendo sido expressamente previsto como tal no Art. 6º. Coube ao art. 196 detalhar o alcance no novo conceito de saúde inaugurado com a Constituição. A norma em questão, inspirada nas Constituições da Itália, de Portugal e da Espanha, inaugurou novo marco na história do ordenamento jurídico nacional, ao reconhecer expressamente o direito à saúde e ao atribuir ao Estado a responsabilidade por sua implementação.

O direito à saúde, da forma como disciplinado no art. 196 da CF/88, estabeleceu uma relação jurídica constitucional de eficácia bilateral. A bilateralidade da norma se justifica pelo fato de, por um lado, se encontrar o direito conferido pela cláusula “a saúde é um direito de todos”.

A palavra todos foi empregada pelo legislador constituinte com o objetivo de indicar o destinatário do direito. Trata-se de direito universal que não comporta limitação fundada na nacionalidade daquele que demanda acesso às prestações e serviços de saúde. Assim, em que pese existir uma tese restritiva que defende que a saúde, é direito assegurado tão somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, prevalece, na contemporaneidade, o entendimento ampliado, segundo o qual, trata-



se de direito de titularidade universal, não podendo ter a sua titularidade restrita, de forma genérica, aos nacionais e aos estrangeiros com residência permanente no País. Por sua vez, restou também inserida a obrigação correspondente pelo comando “a saúde é dever do Estado”. O dever estipulado no art. 196 será cumprido mediante as prestações de saúde, a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que, por sua vez, se concretizam, sobretudo, por meio de ações voltadas à redução dos riscos de doença e ao efetivo tratamento das moléstias que acometem o indivíduo.

Acerca do dever geral de saúde atribuído ao Estado, afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da Constituição. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 696).

No que se refere à eficácia da norma constitucional, o legislador foi preciso ao inserir no texto o comando ‘garantido’ ao afirmar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido [...]”. O termo ‘garantido’ afasta o caráter programático da norma e confere eficácia e efetividade frente à omissão do Poder Público na implementação das ações e políticas públicas em matéria de saúde.

Com amparo em Sarlet (2013), afirmamos que o direito à saúde, de forma análoga ao que ocorre com os demais direitos sociais, possui duas vertentes, uma negativa, que se coloca em prol do direito de exigir que o próprio Estado e os particulares se abstenham de intervir no direito à saúde dos indivíduos; a segunda vertente, de natureza positiva, está relacionada ao aspecto promocional do direito à saúde, isto é, a possibilidade de exigir o fornecimento dos recursos necessários à realização da assistência em saúde. Nesse sentido:

Com efeito, cabe precipuamente ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (especialmente no sentido de não interferir no direito à saúde dos indivíduos) e positiva (por exemplo, organizando instituições e procedimentos para a tutela individual e



coletiva da saúde, investindo os recursos mínimos destinados à área da saúde, tomando providências para o atendimento dos deveres de proteção, fornecendo diretamente as prestações materiais necessárias à realização da assistência à saúde). Isso não exclui, todavia, a eficácia do direito à saúde na esfera das relações entre particulares, o que se manifesta tanto de maneira indireta (mediante a intervenção dos órgãos estatais), quanto de modo direto, a depender das circunstâncias. (SARLET, 2013, p. 1934).

Sendo certo que a definição e a amplitude da saúde constituem o objeto de investigação da presente disciplina, faz-se essencial o estudo da natureza jurídica do direito à saúde no contexto normativo nacional e, para tanto, questiona-se: trata-se o direito à saúde de direito social/fundamental, direito público subjetivo ou direito da personalidade? As referidas categorias são complementares ou antagônicas?

Em que pese a já mencionada qualificação da saúde como direito social (art. 6º e art. 7º, incisos III e XXII), a CF/88 faz menção ao instituto em outros dispositivos e, com isso, inaugura uma pluralidade de sentidos, prerrogativas e deveres correlatos ao referido direito.

Embora não se tenha feito menção expressa à saúde no rol do art. 5º, inexistente dúvida acerca de sua natureza de direito fundamental. Isso porque, todo direito social é também direito fundamental. Ao estabelecer que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso III) o legislador acabou por tutelar indiretamente a saúde, o fazendo por via do resguardo da integridade psíquica e física. Buscou-se também, nos termos do art. 194, assegurar a prevalência da saúde por via da seguridade social de forma análoga, mas com regramento específico, à tutela jurídica conferida pela CF/88 para assistência e previdência social.

No âmbito dos direitos individuais restou reconhecido expressamente o direito à saúde da criança e do adolescente e dos portadores de deficiências, reconhecimento este que não afasta a cláusula geral, instituída no art. 196, que estabelece o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Os dispositivos constitucionais elencados indicam a impropriedade de uma eventual tentativa de categorização fechada do direito à saúde. Isso porque o direito de



proteção à saúde é, a um só tempo, tanto um direito subjetivo público (individual) quanto um direito social (coletivo).

Feitas tais considerações, nos parece apropriado afirmar que o direito à saúde, dada a sua complexidade, pode sim assumir, no aspecto eminentemente científico, diferentes classificações. A pluralidade de classificações se harmoniza no comando central implícito no referido direito: a tutela da personalidade e da liberdade de decidir acerca daquilo que se espera ver realizado em prol da efetivação da dignidade humana.

Conteúdo

Tendo compreendido a importante questão da natureza jurídica do direito à saúde, é chegado o momento de analisar como a questão da efetividade das prestações em saúde tem sido compreendida pelos Tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Aproveitem!

Ao introduzirem o tema da judicialização das políticas públicas, Margareth Vetis Zaganelli e Érica Bianchi Piva explicam que:

[...] a judicialização das políticas públicas compreende questões de cunho social que antes eram debatidas e resolvidas pelos órgãos do Executivo, mas que frente à inércia desse Poder, passaram a ser levadas ao Judiciário, tendo em vista o seu papel de garantidor do efetivo exercício dos direitos fundamentais que lhes é atribuído pela própria Magna Carta ao preconizar a inafastabilidade da jurisdição. (ZAGANELLI; PIVA, 2017, p. 159).

Tratando propriamente da judicialização das prestações de saúde, Barroso afirma que:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como



intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento de instâncias políticas tradicionais que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 5).

No campo da efetivação do direito à saúde, a judicialização tem sido empregada como instrumento voltado à efetivação do referido direito nos casos em que o Estado nega o seu adimplemento voluntário. Embora não se trate de medida ideal, muitas vezes é o único caminho para assegurar o acesso às prestações e serviços de saúde.

Em que pese a judicialização ter contribuído significativamente para a alteração do modo como se compreendia a questão da concretização do direito à saúde, o limite de atuação do Poder Judiciário na matéria está longe de ser um consenso na doutrina e na jurisprudência, sobretudo pelo impacto das decisões na execução orçamentária do Poder Público.

Em outro artigo sobre o tema, Barroso enumera os fundamentos do que denominou como “conjunto variado de críticas ao ativismo judicial”, quais sejam: a) a norma constitucional aplicável à espécie estar positivada na forma de norma programática; b) a impropriedade de se conceber o problema da efetivação da saúde pública como de mera interpretação de preceitos da Constituição; c) a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário; d) os obstáculos financeiros e a teoria da reserva do possível; e) a alocação eficiente dos recursos e a análise econômica do direito; f) o despreparo e a ausência de conhecimento técnico específico do magistrado para decidir questões complexas no campo de prescrição e fornecimento de medicamentos. (BARROSO, 2012, p. 8).

No que se refere à legitimidade do Poder Judiciário para assegurar o acesso às prestações e serviços de saúde, recorreremos novamente a Barroso no ponto em que ele adverte para um possível “problema de desenho institucional”, afirmando que [...] pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas em benefício da prevalência da saúde. (BARROSO, 2007, p. 23).

Não se pode concordar com a posição transcrita acima. Isso porque, contra o argumento o construído pelo autor para demonstrar a impropriedade da concessão de



medicamentos por meio de ações judiciais, é importante asseverar que a judicialização não objetiva destituir o Poder Executivo das prerrogativas atribuídas pela Constituição, até porque a via judicial, em razão da sua complexidade, jamais será a primeira opção do indivíduo. Conforme afirma Cândice Lisbôa Alves:

[...] a judicialização não é um movimento prioritário, mas subsidiário. Ou seja, apenas quando os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem com suas funções, em especial em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais, é que há necessidade de que assuntos primariamente políticos sejam decididos pelo Judiciário. (ALVES, 2013. p. 151).

A questão da legitimação democrática é invocada por Barroso com o propósito de questionar “a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.” (BARROSO, 2007, p. 24). A tal respeito é essencial registrar que, em última ratio, compete exclusivamente ao povo, diretamente ou mediante representantes, decidir o modo como os recursos públicos serão investidos, sendo, portanto, juridicamente legítimo o pleito de custeio de medicamentos e tratamentos essenciais à preservação da vida.

Outro argumento igualmente relevante que se levanta em sede da obrigatoriedade, ou não, do fornecimento de medicamentos não contemplados nos protocolos do SUS é a questão da teoria da reserva do possível. Busca-se, com amparo na referida teoria, justificar a negativa/impossibilidade de atender às necessidades individuais em detrimento da coletividade. Assim, a oferta de serviços e ações concretas de saúde, a exemplo do que também acontece com as outras espécies de direitos sociais, estará condicionada à disponibilidade financeira Estado.

Embora reste incontestável a relevância do planejamento e da estruturação financeira do Poder Público nos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não pode o Ente Federado pretender se valer do argumento da reserva do possível para afastar uma responsabilidade instituída na CF/88. A interpretação em sentido contrário conduzirá o direito à saúde ao passado recente em que se entendia a inaplicabilidade das garantias constitucionais em razão de um pseudocaráter programático. Em outros termos, o que estamos a afirmar é que o agente público não poderá se valer unicamente da teoria da reserva do possível para justificar a ineficiência na alocação



dos recursos públicos. Nesse sentido, Andreas Joachim Krell defende que “a reserva do possível é aplicável apenas em países desenvolvidos, pois, em locais como o Brasil, que não necessidades básicas atendidas, não é aceitável tal limitação.” (KRELL, 2002, p. 128).

Na mesma linha da teoria da reserva do possível, estrutura-se nova corrente doutrinária, com inspiração no common law, que sustenta a aplicação do predicado da eficiência econômica nas decisões judiciais. Sustentam os adeptos da escola da análise econômica do direito que o deferimento das demandas individuais que visam ao fornecimento de medicamentos ou o custeio de tratamento de saúde em hospitais privados, em razão de sua indisponibilidade na rede pública, leva a uma alocação ineficiente dos recursos públicos. Isso aconteceria porque, ao dispor de recursos financeiros para custear o tratamento de um indivíduo, o Estado precisará abrir mão de outros investimentos que poderiam significar um benefício para maior contingente de pessoas.

Parte da doutrina, aqui representada por Barroso, entende que uma forma eficiente de alocação dos recursos públicos em matéria de saúde está justamente em deferir pela via judicial tão somente os medicamentos contemplados na lista geral elaborada pelo SUS por meio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Tal posição foi adotada pelo STF no julgamento SS 3.073/RN relatado pela então Ministra Ellen Gracie. Na ocasião a Suprema Corte considerou inadequado obrigar o Estado do Rio Grande do Norte a custear a aquisição de medicamento que não constava da lista do programa de dispensação em caráter excepcional do SUS.

Vejamos:

[...] Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do



Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões," o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo "(fl. 14) [...]. (BRASIL. STF. SS nº 3073/RN. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 2007)

Em seu voto a relatora afirmou que a recusa do fornecimento do medicamento em questão pelo Poder Público Estadual não caracteriza negativa de prestação de serviço de saúde e que uma decisão em sentido contrário acabaria por prejudicar ainda mais a já precária política pública instituída.

Igual entendimento foi adotado também pela Corte Especial do STJ em 2004 na ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 1.996/SP, oportunidade em que o Tribunal assim decidiu, em síntese, que: "[...] havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos." (BRASIL. STJ. AgRg-PET nº 1.996/SP. Relator: Ministro Nilson Naves, 2004).

Com a devida vênia aos fundamentos colacionados nos dois julgados acima referenciados, o entendimento defendido na presente tese é veementemente oposto aos argumentos empregados a serviço de defender que a efetivação do direito à saúde se dá com a concessão tão somente dos medicamentos eleitos pelo SUS.

É preciso observar que o caráter coletivo da saúde não afasta sua dimensão individual (subjéctiva). Ao contrário do que parece ter sido compreendido pelo STF e STJ, a saúde só se efetiva em plenitude no âmbito individual. Não se pode pretender categorizar e instituir um único tratamento/medicamento para determinada doença e ignorar completamente as particularidades da manifestação da enfermidade em cada pessoa.



A universalização da saúde, da forma como instituída pelo art. 196 da CF/88, se efetiva no conteúdo da prestação, e não no simples acesso. De nada basta ser medicado com 50mg/ml de Dipirona quando, em razão das características particulares da enfermidade, seria necessário, para o tratamento da dor, 60mg de Morfina. Assim, é desarrazoada a decisão que nega, unicamente pelo fato de a droga não estar contemplada na listagem do SUS, a concessão de um medicamento, ignorando por completo as circunstâncias do caso concreto.

Nem mesmo uma decisão com repercussão geral, que estabeleça, por exemplo, só ser possível a concessão pela via judicial de medicamento incluído na lista geral do SUS, poderá constituir obstáculo para o ajuizamento de novas ações. Isso porque, ainda que assim ocorra, o Judiciário “[...] poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento.” (BARROSO, 2007, p. 23).

Retomando a conversa

Lembra-se do caso da Grace? Pois é.

Agora que você já compreendeu, dentre outros temas, a natureza jurídica do direito à saúde, tenho certeza que já está preparado para apresentar uma solução para a questão. Após apresentar o problema, formulamos o seguinte questionamento: o pedido formulado pela jovem, com 18 anos, para se submeter ao procedimento de histerectomia, contrariando as diretrizes e os protocolos de saúde, deve ser atendido?

Confesso que fiquei curioso para conhecer a sua resposta.

Respostas:

O caso de Grace é complexo e comporta diferentes soluções. Se a pretensão de retirada do órgão saudável for analisada unicamente sob o viés da integridade física, é provável que a lógica jurídica prevista no art. 13 do CC/02 o conduza, sobretudo quando se tratar de vontade manifestada por mulheres jovens ou sem filhos (como Grace), a concluir pela incoerência da realização do procedimento cirúrgico para retirada prematura do útero, haja vista a viabilidade de controlar o sofrimento



decorrente da síndrome por meio da utilização de hormônios que, muito embora impliquem diversos efeitos colaterais, não representam uma diminuição física permanente.

Se entendermos, no entanto, que a decisão de retirada do útero se deu unicamente sob o fundamento de prevalência do direito à saúde como direito da personalidade autônomo, compreenderemos que, cabe exclusivamente à mulher que padece de sofrimento decorrente de síndrome de tensão pré-menstrual, escolher, entre as opções disponíveis, aquela que melhor assegure sua dignidade. Assim, caso a preferência seja pela histerectomia, não haverá que se falar em lesão à incolumidade física da paciente, mas, sim, em manifestação da autonomia privada por via da liberdade de selecionar, entre as possibilidades terapêuticas viáveis, aquela que melhor resguarde seus interesses, que não poderão ser classificados como bons ou ruins, posto serem pessoais.

Assim, sendo certo que o livre desenvolvimento da personalidade legitima as escolhas individuais e a construção do projeto de vida pelo indivíduo, resta igualmente assegurada a prerrogativa de construir e de efetivar as coordenadas que deverão ser observadas em prol da efetivação de sua dignidade, quer pela via do direito à saúde, quer por qualquer outro atributo da personalidade. Sendo a tutela do direito à saúde essencial à garantia da incolumidade psicofísica, o reconhecimento da autonomia do indivíduo nas situações médicas é uma forma de exercício e de proteção dos direitos da personalidade, ou seja, caminho para o livre desenvolvimento da personalidade.

Saiba Mais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297 (Links para um site externo.)

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Conjur, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> (Links para um site externo.)



BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais Brasília: Ministério da Saúde. 2005.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. Licença compulsória: uma alternativa do direito internacional ao acesso a medicamentos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 1, 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/115/114>

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS EM SAÚDE. **A questão democrática na área da saúde**. Brasília: CEBES, 1979. Disponível em: http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Cebes_Sa%C3%BAde-e-Democracia.pdf (Links para um site externo.)

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-344, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>

Unidade II - Do Biodireito

2.1 O Biodireito como microssistema jurídico.

2.2 Princípios do Biodireito.

2.3 Dogmática jurídica e justiça em Biodireito.

2.4 Interpretação no Biodireito.

UNIDADE 2- DO BIODIREITO

Introdução da Unidade

A **unidade II** propiciará o estudo e a compreensão do Biodireito como microssistema jurídico. Para tanto, analisaremos a formação e o desenvolvimento do Biodireito, a questão da dogmática jurídica, a aplicação do conceito de justiça no referido tema, os métodos de interpretação e, por fim, os princípios (específicos e da Bioética).

Objetivos da Unidade

Ao final desta unidade, espera-se que você tenha desenvolvido as seguintes habilidades:

- I. Identificar o processo histórico que possibilitou a afirmação do Biodireito como microssistema jurídico;
- II. Conhecer os princípios da Bioética e do Biodireito;
- III. Identificar os critérios de interpretação do Biodireito;
- IV. Compreender o sistema discursivo e causal como modelo de ordenamento jurídico adequado ao Biodireito.

Vamos lá?

Começando a conversa

O Caso Gloria Trevi!



“Outro caso controvertido envolveu a cantora mexicana Gloria Trevi. Acusada de corrupção de menores em seu país, Gloria foi detida no Brasil. Enquanto aguardava extradição para o México, descobriu-se grávida na carceragem da Polícia Federal, onde não tinha direito a receber visitas íntimas. O fato foi divulgado pela imprensa e gerou especulações de corrupção e até de um possível estupro por parte dos agentes federais brasileiros, suscitando ainda a inusitada tese de que teria havido uma inseminação artificial por meio de uma caneta bic. Gloria se recusou expressamente a realizar o exame de DNA que revelaria a paternidade da criança. Ainda assim, viu sua placenta coletada no momento do parto e congelada para a posterior realização do exame, tudo com a chancela do Supremo Tribunal Federal” (Schreiber, Anderson. Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada, 3ª edição. Grupo GEN, 2014. [Minha Biblioteca]).

Considerando o caso de Glória Trevi, existindo conflito entre o direito à intimidade genética do filho gestado (alegado por Glória) e o interesse público na identificação do pai (em razão das circunstâncias do caso), qual direito deverá prevalecer? Fundamente sua decisão.

Conteúdo

Nesta sessão estudaremos o processo de afirmação do Biodireito como microssistema jurídico, direcionando nossa análise para os seguintes aspectos: a gênese de um sistema jurídico para o Direito Privado; o movimento da codificação do Direito Privado; o Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico); o movimento da descodificação do Direito Privado; o advento dos microssistemas jurídicos; a constitucionalização do Direito Civil

Para tanto, iniciaremos com um vídeo sobre o tema.

Aproveitem!

Conteúdo

Após compreender os fundamentos que nos permitem afirmar que o Biodireito deve ser compreendido como um microssistema jurídico autônomo, faz essencial o estudo dos princípios.

Nesta sessão analisaremos inicialmente os princípios da Bioética.

Vejamos:

Tendo estudado os princípios da beneficência; da não Maleficência; da autonomia; da justiça; e da responsabilidade, faz essencial a compreensão dos princípios específicos do Biodireito.

Conteúdo

Conforme afirmei na vídeo-aula, quando se trata da indicação dos princípios da Bioética (beneficência; não Maleficência; autonomia; justiça e responsabilidade), a doutrina adota como referência o Informe de Belmont, considerando os comandos listados no referido documento internacional.



No que se refere ao Biodireito, faz-se necessário ressaltar a inexistência de um documento que conceitue ou que estabeleça a relação dos princípios específicos do microsistema em questão.

Assim, o levantamento dos princípios do Biodireito é uma tarefa que restou confiada exclusivamente à doutrina, existindo diferentes concepções entre os autores que se dedicam ao estudo do tema.

Na nossa disciplina, adotamos a proposta elaborada por nossos ilustres coordenadores, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato, considerando serem 4 os princípios do Biodireito: i) dignidade; ii) autonomia privada; iii) responsabilidade; iv) dignidade.

Aproveitem!

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar o Dogmática jurídica, justiça e interpretação no Biodireito.

Aproveitem!

A liberdade, na concepção kantiana, está intimamente ligada à ideia de dignidade. Para Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (würden). Enquanto o preço representa valor exterior (de mercado) e representa os interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar qualquer fim.

“Os entes, cujo ser na verdade não depende de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em consequência, nosso livre arbítrio”. (Immanuel Kant, apud Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22).



Qual o conteúdo do princípio da dignidade humana? Para Kant a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre-arbítrio, de capacidade para interagir com os outros e com a natureza e, portanto, será desumano (indigno), tudo aquilo que servir a reduzir a pessoa à condição de objeto, tudo que permitir sua instrumentalização.

Do ponto de vista do direito o substrato material desta proibição de instrumentalização da pessoa corresponde diretamente aos princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da solidariedade e da liberdade. Quando se reconhece a existência de outros iguais (princípio da igualdade); esses iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, assim será necessário construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa necessariamente parte de um grupo social (princípio da solidariedade), embora inserida no âmbito social, será essencialmente dotada de vontade livre, sendo necessário que se garanta, juridicamente, esta liberdade.

Pode haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, portanto, conflitos entre princípios de igual importância hierárquica. Qual o mecanismo que será utilizado para resolver o conflito de princípios? A professora Maria Celina Bodin de Moraes, com fundamento em Robert Alexy, adota o critério da ponderação como mecanismo para solucionar a coalisão de princípios. É importante ressaltar que a mencionada autora defende inclusive a aplicação da técnica da ponderação para os casos que dizem respeito à exteriorização do poder sobre si mesmo, isto é, aos atos de disposição sobre o próprio corpo.

Retomando a conversa

Lembra-se do caso da Glória Trevi? Pois é?

Agora que você já compreendeu, dentre outros temas, a técnica da ponderação dos princípios, tenho certeza que já está preparado para apresentar uma solução para a questão. Após apresentar o problema, formulamos o seguinte questionamento: existindo conflito entre o direito à intimidade genética do filho gestado (alegado por



Glória) e o interesse público na identificação do pai (em razão das circunstâncias do caso), qual direito deverá prevalecer?

Vamos lá?

O atual estudo de caso se pretende a analisar o mecanismo de tomada de decisão a partir da teoria da ponderação de Robert Alexy. Destina-se o estudo a demonstrar, à título exemplificativo, como se caracteriza um conflito principiológico e como se aplica a teoria supracitada nas situações práticas de colisão.

Grande parte do empenho acadêmico da vida de Robert Alexy se voltou para a construção de uma teoria da distinção entre normas (**tese forte da separação entre regras e princípios**). Com vistas a isso, o filósofo alemão desenvolveu um critério de distinção pautado, essencialmente, nos diferentes meios de aplicação de cada “tipo” de norma (e por tipo extraia-se princípios e regras, como espécies de normas).

Para Alexy a “forma de proceder diante de um confronto normativo” é parte da tarefa distintiva a que se propõe. As regras são aplicadas de maneira “tudo ou nada” (all or nothing fashion). Os princípios, a seu turno, são aplicados por meio de um mecanismo de **proporcionalidade**.

A distinção feita pelo filósofo é, em suma, no seguinte sentido: (1) normas dividem-se entre princípios e regras; (2) há uma distinção entre os tipos de normas que é de ordem intrínseca – da natureza de cada norma – e (3) essa distinção se manifesta na aplicação de cada norma: as regras não inaplicáveis a um caso são incompatíveis com o ordenamento jurídico e, por isso, devem ser derogadas. Ao passo que os princípios podem ser excepcionados de maneira casuística – no caso a caso – sem que isso implique sua inadequação ao ordenamento jurídico como um todo.

Destarte, a **teoria da ponderação** elaborada por Alexy nasce como uma sofisticação, um desdobramento, da tese forte de separação, para apresentar um mecanismo de solução das controvérsias nos casos de colisão entre princípios. E é a partir deste marco teórico que se desenvolve a análise subsequente.

Pois bem.



O caso a ser analisado envolve uma cantora mexicana de nome Gloria Trevi. Ela fugiu do seu país de origem por volta de 1997, pois foi acusada de abusar sexualmente de menores, o que desencadeou na decretação de sua prisão no México.

Cerca de três anos após ter fugido, Gloria foi presa no Brasil e foi mantida sob custódia na carceragem da Polícia Federal em Brasília, enquanto aguardava o deslinde do seu processo de extradição. Durante o tempo em que permaneceu nesta carceragem Gloria engravidou e alegou que a gravidez era fruto de estupros que ela havia sofrido na prisão, inclusive pelos próprios policiais federais.

A alegação de Gloria foi um escândalo e gerou muitas polêmicas na época. Porém, em que pese suas severas alegações, Gloria não representou contra os supostos autores do crime, o que impossibilitou a promoção de uma ação penal contra eles, já que tal crime se trata de ação penal pública condicionada a representação do ofendido. No entanto, os policiais, que negaram veementemente as alegações feitas por Gloria, se sentiram lesados e solicitaram ao Poder Judiciário uma autorização para que pudesse ser coletado material genético a partir da placenta de Gloria no momento que esta fosse dar a luz e com isso apurar as acusações de estupro realizadas por ela.

Inicialmente, a Justiça Federal deferiu a coleta, porém Gloria foi totalmente contra a coleta do DNA no momento do parto, pois, de acordo com ela, isso caracterizaria uma violação ao seu direito à intimidade. O STF, por sua vez, manifestou-se no sentido que a Justiça Federal não poderia ter deferido tal requerimento, pois já que Gloria estava sob custódia e aguardando o trâmite do seu processo de extradição, quem tinha competência para analisar e conceder ou não a autorização no caso concreto era o Supremo.

O Supremo por sua vez, ao analisar e sopesar os argumentos contrários e favoráveis ao requerimento realizado pelos policiais acabou, por maioria dos votos, decidindo favoravelmente aos policiais federais. Com isso, o exame de DNA foi realizado e verificou-se que a gravidez de Gloria era oriunda de um relacionamento dela com o seu namorado, o que inocentou os policiais das alegações de estupro por ela formuladas.

O caso Gloria Trevi é um caso interessante e mostra claramente o conflito entre dois direitos fundamentais, de um lado o direito à intimidade de Gloria e do outro o



direito à honra dos policiais acusados, da polícia federal (como instituição) e do Brasil, em âmbito internacional.

Logo, existe um conflito entre autênticos princípios constitucionais e explícitos, registrados sob a dicção do inciso X, do art. 5º da CF[1]. Registra-se, portanto, nítido conflito entre princípios.

O primeiro ponto a se destacar em remissão às premissas alexianas diz da verificação do direito à intimidade e à honra como princípios e não como regras.

Observe-se que o fato de, no caso Gloria Trevi, haver preponderado direito a honra em detrimento do direito a intimidade, não significa que sempre será assim. Não significa, também, que o direito a intimidade não integra mais o ordenamento ou que não deva mais ser aplicado em casos posteriores.

Caracteriza-se, portanto, o primeiro ponto da discussão pautada na tese forte de separação: honra e intimidade são, consoante a teoria do jurista alemão, princípios e não regras.

Com efeito, o segundo ponto já diz da teoria da ponderação em si.

Para Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização,” o que significa dizer que são normas que comportam uma aplicação parcial e ponderada de forma a buscar **um resultado ótimo**, uma solução do conflito pautada na máxima eficiência e mínima onerosidade.

No caso em estudo vejamos:

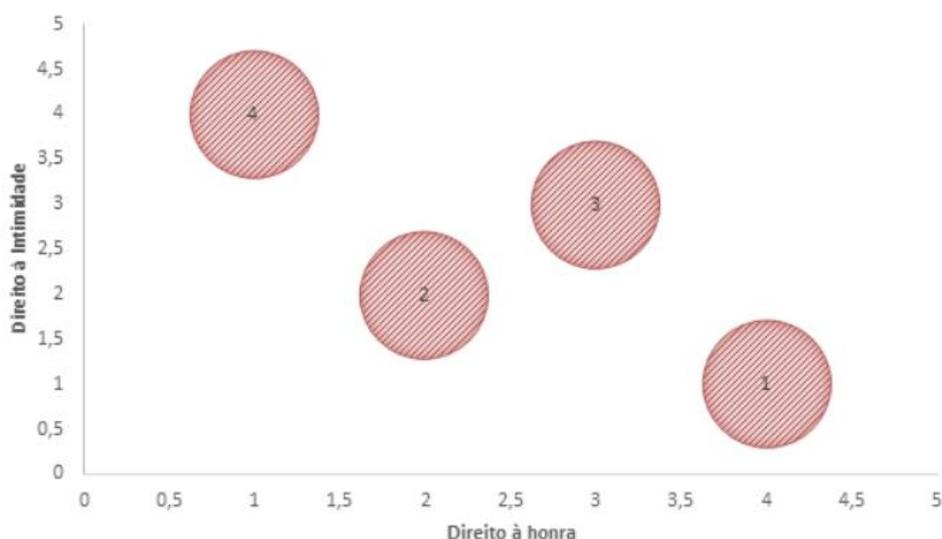
Discute-se a possibilidade de uma intervenção involuntária, que envolve a manipulação de dados genéticos e a violação de direitos fundamentais como liberdade, autodeterminação e intimidade.

Tal discussão se insere num cenário em que a tutela de tais direitos entra em conflito com o direito a honra de cerca de 60 policiais acusados de estupro, bem como à honra objetiva da polícia federal como entidade pública em âmbito nacional e como representação da imagem brasileira em âmbito internacional (considerando a repercussão do caso para além das fronteiras pátrias).

Assim, apresenta-se nítido o conflito de interesses e de princípios: a honra dos policiais acusados e a intimidade da Gloria Trevi e de seu bebê.

O que Alexy propõe é a aplicação ponderada dos princípios de forma a “otimizar” a solução jurídica alcançada. O que o pensador propõe, a partir da Teoria de Pareto, é a aplicação dos princípios de forma a compatibilizar interesses de grupos conflitantes, assegurando o máximo possível a cada interesse, no mínimo possível de violação de direitos.

Ilustrativamente, teríamos que:



Entre os dois eixos do gráfico organizam-se os interesses das partes no processo em estudo, demonstrando que haverá entre princípios várias possibilidades de aplicação e que, quanto mais prioriza-se o direito a intimidade, menos prioriza-se a honra dos policiais e vice e versa, uma vez que a relação é inversamente proporcional.

Assim, o que Alexy propõe é a aplicação ponderada de cada princípio de maneira a tentar atingir um ponto nesse gráfico em que estejam ambos os interesses ‘razoavelmente’ saciados, um ponto ótimo de resposta jurisdicional. Em outras palavras e valendo-se ainda de uma outra ilustração metafórica, é como se se buscasse o mais próximo possível de um “equilíbrio” na balança em que se encontram os princípios conflitantes.

Para isso, o jurista ainda arquiteta um terceiro aspecto essencial na sua formulação teórica. Nesse terceiro ponto, Alexy cria “sub-regras” para a aplicação



desse mecanismo de proporcionalidade. Essas sub-regras perpassam por critérios objetivos e subsequentes, como etapas para a preservação de uma aplicação segura da teoria da ponderação. Essas “etapas” são o juízo de: adequação, necessidade e proporcionalidade (stricto sensu).

Vejamos:

1. A adequação diz da aptidão de aquela intervenção jurídica promover o resultado almejado. No exemplo em estudo seria a análise sobre a possibilidade de a coleta do material genético conseguir, de fato, desvelar como verídicas ou caluniosas as alegações da cantora estrangeira.

2. A necessidade trata da adoção da medida menos gravosa possível para as partes. No caso, perpassa pela possibilidade de coleta do exame de DNA por meio da coleta de placenta em um procedimento que não viola a integridade física nem de Glória, nem do bebê. O que é um procedimento menos invasivo se comparado com outros de coleta de DNA durante a gestação etc.

3. Por fim, a proporcionalidade é o juízo de “balanceamento” entre os princípios em si. Depois de analisar se a medida a ser tomada é adequada (consegue alcançar o fim a que se destina) e necessária (é o meio menos gravoso de alcançar tal resultado), o “ultimo passo” para aplicação completa da teoria da ponderação é sopesar a proporcionalidade entre os princípios conflituosos e escolher o grau de aplicação que se dará a cada princípio no caso concreto. No exemplo da Gloria Trevi, percebe-se que no juízo de ponderação preferiu-se a preservação da honra em detrimento da intimidade, mas mesmo assim com as ressalvas supracitadas – adotando o procedimento menos invasivo e somente após a apreciação específica do STF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Art. 5º, X, CR - 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



BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica do direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2018.

Saiba mais

Materiais Complementares

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, Brasília DF, v.8, n.2, 209-216, 2000. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso: 29 abr. 2022.

VELASQUEZ, Tomlyta Luz, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bioética e direito: uma análise dos princípios bioéticos aplicados ao Biodireito. **Veritas**, Porto Alegre, v.65, n.2, 2020. Disponível: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/veritas/article/view/36562>. Acesso em: 29 abr. 2022.

Unidade III - O Direito Médico

3.1 O Direito médico como um microssistema jurídico.

3.2 Dados do paciente e prontuário.

3.3 Objeção de consciência e a tomada de decisão.

3.4 A relação médico-paciente como relação de consumo.

UNIDADE 3- O DIREITO MÉDICO

Introdução da Unidade

A **unidade III** é dedicada ao estudo dos aspectos introdutórios do Direito Médico. No decorrer das aulas você terá a oportunidade de compreender, partir do estudo de casos práticos, temas importantes como: i) os aspectos e a natureza jurídica da relação médico-paciente; ii) objeção de consciência e iii) dados do paciente e prontuário médico.

Objetivos da Unidade

Ao final desta unidade, espera-se que você tenha desenvolvido as seguintes habilidades:

- Compreender o direito médico como microssistema jurídico independente;
- Identificar os contornos e a natureza jurídica da relação médico-paciente;
- Aplicar as normas jurídicas e deontológicas acerca da objeção de consciência e da tomada de decisão;
- Empregar as normas voltadas para a proteção dos dados sensíveis do paciente.

Vamos lá?

Anticoncepcional Injetável

Maria Clara, médica ginecologista, atende a suas pacientes em seu consultório particular, localizado em Belo Horizonte, desde 1990. Joana Paula, após se consultar com Maria Clara, passou a utilizar determinado anticoncepcional injetável indicado pela médica. Passados dois meses desde o início do tratamento, Joana deu entrada no CTI de grande hospital de urgência da capital com sintomas compatíveis com quadro de infarto agudo do miocárdio. Após um período de internação de duas semanas, a paciente recebeu alta médica e passa bem.

Ao pesquisar, por conta própria, o que pode ter acarretado a doença, Joana Paula descobriu, pela bula do anticoncepcional indicado pela médica, que um dos efeitos colaterais do medicamento é hipertensão grave, sendo certo que a droga não deve ser utilizada por mulheres com histórico pessoal ou familiar de hipertensão grave (que é justamente o caso de Joana Paula que, desde os vinte anos, realiza acompanhamento com cardiologista recomendado por Maria Clara).

Indignada com o ocorrido, Joana Paula decide ajuizar ação indenizatória em face da médica ginecologista com o objetivo de ser reparada dos danos que lhe foram imputados.

Levando-se em conta a situação hipotética, responda, de forma justificada, aos itens a seguir.

A - Qual é a natureza jurídica da relação estabelecida entre Maria Clara e Joana Paula? Em sua resposta você deverá observar o entendimento jurisprudencial (em especial do STJ) a respeito da matéria.

B - Para que Joana Paula alcance êxito em sua demanda, quais pressupostos deverá demonstrar? Fundamente sua resposta.

Para ajudá-lo a responder a essas perguntas, veja o conteúdo referente ao tema de nossa unidade.

Conteúdo

Seja bem-vindo! Nesta sessão, vamos estudar o Direito médico como um microssistema jurídico.

Aproveitem!

A nossa caminhada na unidade III tem como ponto de partida o seguinte questionamento: o direito médico pode ser considerado como um microssistema independente? - Não temos dúvida que sim, haja vista que há muito o referido ramo preenche todos os requisitos necessários para o reconhecimento da sua autonomia (nova ordem protetiva, princípios, doutrina e jurisprudência).

Ao tratar da necessária diferenciação entre biodireito e direito médico, Genival Veloso de França explica que:

Para alguns a expressão “Biodireito” seria mais apropriada, a qual abrangeria toda licitude da atividade científica no campo da biomedicina, mesmo que importasse na sua discutível “jurisdicizarização”. O Biodireito estaria mais voltado aos requisitos jurídicos da proteção da dignidade humana e nas regras de convivência social enfocadas na esfera da Bioética, que estabelecem a qualidade de “ser humano”, tomando como enfoque uma visão ética e política, enquanto o Direito Médico se concentraria no aspecto doutrinário e normativo das relações humanas e institucionais nas questões que envolvem os interesses sobre a vida e a saúde do homem e as condições de habitabilidade do meio ambiente. Um permeado pelos princípios fundamentais do Direito Médico; outro, baseado em tutelas preventivas, coativas e indenizatórias. Um, volta mais ao direito “constituendo”; outro, se integra no direito “constituído”. (FRANÇA, 2020, p. 22).

Já tendo compreendido a necessária distinção entre as áreas, é chegado o momento de estabelecer outras reflexões acerca do direito médico.



Conforme mencionamos na aula, o direito médico pode (e deve) ser analisado a partir de diferentes paradigmas, posto servir tanto para a defesa do profissional, quanto para a concretização dos direitos do paciente.

Antes de prosseguir com tema, tenho mais uma pergunta: qual é a natureza do vínculo jurídico estabelecido entre o médico e o paciente?

Ficou na dúvida? – Não se preocupe, este é o tema da nossa próxima aula.

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar a natureza jurídica da relação médico-paciente. Aproveitem!

Apresentadas as considerações anteriores, interessa-nos agora analisar a relação jurídica estabelecida entre o médico, como profissional liberal, e o paciente. Trataremos, na presente aula, tão somente os contornos jurídicos da referida relação, sendo os aspectos bioéticos enfrentados a posteriori na unidade IV.

Conforme mencionamos durante a aula, a atividade médica pode ser exercida de forma autônoma ou mediante vínculo trabalhista nas redes hospitalares/ambulatoriais públicas ou privadas, assegurando-se, em qualquer caso, o livre exercício da profissão pelo médico que, por disposição expressa no Código de Ética Médica (CEM)

[...] não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, Cap. I, inciso VIII).

Ao profissional é ainda assegurada a autonomia para, no exercício da sua função, salvo nas situações de urgência quando sua atuação é obrigatória, decidir acerca do



atendimento e da realização, ou não, de procedimentos de acordo com os ditames da sua consciência, vejamos:

Capítulo I - Princípios fundamentais [...] VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, Cap. I, inciso VII).

É majoritário no Brasil o entendimento segundo o qual, via de regra, a vinculação do médico ao paciente se dá mediante a celebração de um contrato. Gustavo Tepedino explica que a natureza jurídica desta relação “configura uma locação de serviços sui generis, na qual se observa, acrescida a prestação remunerada de um serviço atinente à saúde, um núcleo de deveres extrapatrimoniais” (TEPEDINO, 2006, p. 85). Ricardo Luis Lorenzetti, a seu turno, afirma que o contrato entabulado entre o médico e o paciente tem como objetivo central a busca da cura mediante o emprego dos tratamentos disponíveis na ciência médica para a doença que acomete o paciente. Assim, caracterizou a relação como sendo consensual, bilateral e comutativa. (LORENZETTI, 1997, p. 318-319).

Em 2009, o STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1104665/RS, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, afirmou o caráter contratual da relação médico-paciente, tendo, na oportunidade, afirmado que:

[...] a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva. (BRASIL. STJ. REsp nº 1104665/RS. Relator Ministro Massami Uyeda, 2009).



O Código de Ética Médica estabelece expressamente que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). Em que pese a tal previsão, prevalece, na atualidade, entendimento contrário, no sentido de que a relação estabelecida entre o paciente e o prestador de serviços na área de saúde configura relação de natureza consumerista.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem que, em algumas hipóteses, a relação em questão será entabulada na esfera extracontratual, haja vista que, embora não exista um acordo de vontade prévio entre os sujeitos, exista o dever de prestar assistência. É o que acontece, por exemplo, na prestação de socorro fora do contexto hospitalar. Independentemente da natureza contratual ou extracontratual do vínculo jurídico estabelecido entre o médico e o paciente, existirá a obrigação de reparar uma vez presente os pressupostos da responsabilidade civil.

Feitas tais considerações, é de se questionar a relevância (ou não), na atualidade, do enquadramento da responsabilidade civil do médico dentro da culpa contratual ou extracontratual.

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar a relação médico-paciente como relação de consumo
Aproveitem!

Ao tratar do tema da classificação da responsabilidade civil decorrente de dano causado em virtude de tratamento médico a professora Teresa Ancona Lopez afirma que:

[...] a discussão a respeito do enquadramento de tal responsabilidade dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade ex contractu do médico. (LOPEZ, 2004, p. 109).

Antes de analisarmos a questão da incidência do CDC para as relações médicas, faz-se essencial, para a correta compreensão da teoria da responsabilidade civil, afirmar que, para além da culpa, para que reste configurado o dever de reparar o dano é



essencial a existência de nexo de causalidade entre a conduta perpetrada pelo autor e o resultado danoso suportado pela vítima. Para a melhor compreensão do tema, assista a aula abaixo.

Entre as principais teorias que se ocuparam de estabelecer os contornos da casualidade, destacam-se: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria da causalidade eficiente; e d) teoria da causa direta e imediata - a Lei Civil de 2002, a exemplo que já constava do CC/16, adotou a teoria da causalidade direta e imediata como critério definidor do nexo de causalidade, tendo o feito expressamente no art. 403, vejamos: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”* (BRASIL, 2002).

No entanto, deve-se observar que a teoria da causalidade direta vem sendo relativizada pela doutrina e jurisprudência a fim de abarcar situações em que a conduta perpetrada é reveladora de um liame de necessidade entre a causa e o efeito. Em assim ocorrendo, existirá a obrigação de reparar sempre que o evento causador do dano for o efeito necessário de determinada consequência.

Ainda que constituído o nexo causal, a legislação brasileira admite a sua desconsideração quando constatada a ocorrência de fatores que representaram uma ruptura entre a conduta do autor e o dano.

No âmbito do Código Civil, as excludentes de responsabilidades foram previstas de forma esparsa, sendo indicadas pela doutrina e pela jurisprudência como tais, entre outras espécies: a legítima defesa, o exercício regular de direitos, o estado de necessidade, a culpa exclusiva de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior.

Em se tratando de hipótese de responsabilidade subjetiva, uma vez configurada qualquer destas situações, restará afastado o dever de indenizar. Igualmente possível é a diminuição de tal responsabilidade para o agente na hipótese prevista no parágrafo único do Art. 944 do CC/02 que, a seu turno, prevê a possibilidade de redução equitativa do dever de reparar os danos injustamente imputados nos casos em que restar configurada a desproporcionalidade entre a conduta do agente ensejadora da



sua culpa e o dano, vejamos: “*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*” (BRASIL, 2002).

Acerca das excludentes de responsabilidade, Leonardo Macedo Poli afirma que:

Na responsabilidade subjetiva, não haverá obrigação de indenizar nos casos em que se verificar culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior, anuência da vítima, exercício normal de direito, legítima defesa e estado de necessidade. [...]. Na responsabilidade objetiva, em regra, só não nascerá obrigação de indenizar no caso de culpa exclusiva da vítima. Excepcionalmente, também o caso fortuito e a força maior poderão excluir a responsabilidade. (POLI, 2009, p. 579).

Ao tratar do tema em questão, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seus arts. 12, §3º, III86 e 14, §3º, II87, fez previsão de três excludentes típicas de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro ou inexistência de defeito ou de dano no produto ou no serviço.

Tais situações, na prática consumerista, são traduzidas nos seguintes atos: não colocação do produto ou do serviço no mercado; comprovação da ausência de dano ou de defeito e, por fim, na demonstração de que o dano se deu unicamente por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros que não possuam qualquer relação com o fornecedor.

Apresentados, ainda que no aspecto conceitual os elementos constituidores da responsabilidade civil, resta preparado o terreno para a análise da responsabilidade civil do médico.

Decerto, a primeira questão a ser enfrentada é sobre a incidência das normas do CDC. Estabelece o art. 14, §4º da norma em questão que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990b). No entanto, no que se refere ao médico, é de se registrar que a jurisprudência tem, no sentido do que decidiu o STJ no julgado abaixo transcrito, afastado o ônus da prova do paciente quando se trata de obrigações que, a exemplo da realização de cirurgia plástica para fins estéticos, são consideradas como obrigações de resultado. Neste sentido:

Direito civil. Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Superveniência de processo alérgico. Caso fortuito. Rompimento do nex



de causalidade. [...] 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. (BRASIL. STJ. REsp nº 985.888/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 2012).

Embora não ignoremos o fato de que, ao assim decidirem, os Ministros privilegiaram a hipossuficiência do paciente, é forçoso reconhecer que a decisão é contraditória, pois, ao mesmo tempo que afirma se tratar a relação médico-paciente de uma relação de consumo, acaba por negar eficácia da única norma do CDC que faz referência aos profissionais liberais, tendo o feito justamente para afastá-los das hipóteses de incidência da responsabilidade objetiva.

Para solucionar o problema em questão, a jurisprudência tem promovido a divisão da responsabilidade civil do médico, para fins de incidência do CDC, em dois aspectos distintos: material e procedimental. Para a melhor compreensão da técnica, assista o vídeo abaixo.

Como afirmamos no vídeo, no aspecto material, sendo a relação médico-paciente uma relação de consumo, é compulsória a aplicação do disposto no art. 14, §4º, exigindo-se, para a configuração da responsabilidade civil, a demonstração da culpa. No aspecto procedimental, o CDC possui aplicabilidade plena, isto é, regula todas as outras questões com exceção da culpa, autorizando, até, a aplicação, em favor do consumidor/paciente, da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII.89 Em sentido oposto, Sérgio Cavalieri Filho defende a incidência das regras materiais típicas do CDC ao afirmar que os profissionais liberais “submetem-se aos princípios do Código – informação, transparência, boa-fé etc.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 261).

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar a objeção de consciência e a tomada de decisão.



Aproveitem!

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2017) ensina que o homem livre faz o que depende de sua escolha, introduzindo na Filosofia uma noção ampla e ideal de liberdade.

Kant retoma a discussão da liberdade no âmbito do Direito ao afirmar que ao lado do direito público e do direito privado existe o direito inato, que consiste na liberdade definida como a independência do arbítrio construtivo de outrem.

A vontade é a faculdade de desejar, considerada não tanto em relação à ação (como o arbítrio) quanto em relação ao fundamento de determinação do arbítrio à ação; e, em rigor, não tem ela mesma nenhum fundamento de determinação diante de si, mas, podendo determinar o arbítrio, é a própria razão prática. Na medida em que a razão pode determinar a faculdade de desejar em geral, o arbítrio – mas também o simples desejo – pode estar contido na vontade; o arbítrio que pode ser determinado pela razão pura chama-se livre arbítrio. O que só é determinável pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria arbítrio animal (*arbitrium brutum*). O arbítrio humano, ao invés, é de índole tal que é, sem dúvida, afetado pelos impulsos, mas não determinado. (KANT, 2003, p. 17).

Tomando por base o trecho transcrito, tem-se, no nosso entendimento, a configuração de uma concepção de liberdade limitada, isso porque, sendo certo que a noção de ausência de constrangimentos é puramente ideal, a vida, por si só, representa um constrangimento. Assim, ninguém é capaz de verdadeiramente manifestar uma vontade integralmente livre. “A liberdade é, portanto, uma questão de medida, é uma liberdade sob condição ou relativa, pressupondo, como seu elemento central, a possibilidade de uma escolha.” (ABBAGNANO, 1999, p. 612).

A questão que se coloca aqui está em analisar duas situações concretas que nos permite questionar a existência, ou não, de limites objetivos para o exercício das liberdades individuais por seu titular, sobretudo para os casos em que o exercício de uma liberdade implica, ainda que aparentemente, na restrição de outra.

Para ilustrar a questão da tomada de decisão e da objeção de consciência, assista agora o documentário *O documentário “Uma História Severina”*, dirigido por Débora Diniz e Eliane Brum, registrou o drama vivenciado por Severina, uma mulher



pernambucana, residente na cidade de Chã Grande, que, no quarto mês de gestação, em face de um diagnóstico de anencefalia do feto por ela gestado em sua segunda gravidez, amparada por uma medida liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, do STF, em 1º de julho 2004 no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/2004 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), optou, com o apoio do marido, pela interrupção da gravidez em questão.

A história de Severina e Rosivaldo é o pano de fundo para demonstrar a manifestação da liberdade jurídica para decidir acerca daquilo que espera ver realizado em seu corpo, ainda que, do exercício de tais liberdades, decorra dano. Retornando a Habermas, tem-se que o reconhecimento de iguais liberdades pessoais de atuação prescinde, como condição essencial de realização, do reconhecimento de direitos fundamentais idênticos para todas as pessoas.

Vamos discutir melhor a questão? Assista o vídeo abaixo para aprofundar o estudo do tema.

Conforme afirmamos na aula, em se tratando de situações existenciais relacionadas a vida, ao corpo e à saúde, a norma, por si só, com suas sanções e proibições públicas justificadas no imperativo categórico de Kant, não é suficiente para limitar o exercício da personalidade e a construção de decisões individuais em sentido oposto ao comando indicado pelo legislador.

Não se deixa de querer algo que verdadeiramente se quer simplesmente pelo fato de sua concretização ser vedada pelo Direito. A proibição de realização do aborto pelo STF em 2004 não foi suficiente para convencer Severina da suposta impropriedade de sua realização. Entendemos ser necessário, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a busca pela promoção da autonomia e da responsabilidade individual, isso porque o governo das dimensões da personalidade saiu do espaço público e adentrou a esfera privada.

Como afirma Diogo Gracia:



[...] o governo dessas dimensões passou do espaço público ao privado, alterando sua antiga condição de deveres perfeitos para a de deveres imperfeitos. Esse exercício privado, livre e responsável é protegido agora com alguns direitos humanos que adquiriram assim uma dimensão até então desconhecida, como os de privacidade e intimidade. (GRACIA, 2010, p. 129- 130)

A liberdade individual é assegurada expressamente por vários dispositivos do ordenamento jurídico nacional e foi especialmente prevista nos incisos II, IV, VI, VIII, IX, X, XIII, XV, XVI, XVII do art. 5º104 da CF/88. Por sua vez, a incolumidade psicofísica é igualmente merecedora de tutela jurídica. Em ocorrendo desordem entre elas, qual haverá de prevalecer? – Este será o nosso objeto de estudo na unidade IV. Até breve!

Retomando a conversa

Lembra-se do caso envolvendo a médica Maria Clara e a paciente Joana Paula??

Pois é! É chegado o momento de analisarmos as duas questões formuladas a respeito da mencionada relação jurídica.

O primeiro questionamento (A) diz respeito à natureza jurídica do vínculo estabelecido entre a médica e a paciente. É importante registrar que o enunciado estabeleceu um recorte/ direcionamento, solicitando a aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do tema.

No que se refere propriamente à natureza do vínculo existente entre o médico e o paciente, é importante ressaltar que a Resolução n. 2.217/2018, que institui o Código de Ética Médica, estabelece em seu Capítulo I – Princípios Fundamentais – item XX que: “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”.

Em que pese a existência da referida norma deontológica, o STJ, entende, em linhas gerais, que a relação médico-paciente é de "natureza contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo



imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva." (STJ. REsp nº 1104665/RS. Relator Ministro Massami Uyeda, 2009). No entanto, o Tribunal em questão tem construindo jurisprudência de aspecto híbrido, na qual, em certa medida, mitiga-se a necessidade de que o autor da ação constitua prova da conduta culposa do profissional de saúde. Nesses julgados, o STJ têm admitido a aplicação processual do CDC, concedendo a inversão do ônus da prova o que - a despeito da previsão legal (§4º do art. 14 do CDC) - exime a parte autora (consumidor/paciente) de comprovar a culpa do profissional de saúde, delegando a este a atribuição de comprovar que agiu com prudência, diligência e perícia.

Para que Joana Paula alcance êxito em sua demanda, deverá demonstrar: a conduta exercida pela médica (comportamento); o dano; a culpa ou dolo; e o nexo de causalidade entre a conduta de Maria e o dano a ela injustamente imputado (tendo em vista a relação contratual e o caráter de responsabilidade subjetiva). A responsabilidade de Maria Clara, no caso em análise, é uma responsabilidade subjetiva. Diante disso, devem ser observadas as previsões dos artigos 186 e 927 do Código Civil, sendo necessário, para a configuração da responsabilidade, a comprovação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil descritos acima. Dessa forma, diferente da responsabilidade das clínicas médicas (que é objetiva), a responsabilidade de Maria Clara deve ser analisada sob a perspectiva da culpa. Não pode lhe ser atribuída responsabilidade tão somente pelo dano sofrido por Joana Paula, devendo ser comprovado que a conduta de Maria Clara, como médica, foi o que ensejou os resultados indesejáveis.

Saiba mais

Leitura Complementar

LIMA, Luciana Vasconcelos; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. **Publica Direito**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e102943424a748e2>. Acesso em: 29 abr. 2022.



MEIRELLES, Ana Thereza; FERNANDES, Lyellen. A recusa a tratamento médico por convicção religiosa e a teoria do menor maduro: uma análise à luz do sistema jurídico brasileiro. **Revista Científica da FASETE**, Bahia, n. 1, 109-133, 2019.

Disponível

em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2019/21/a_recusa_a_tratamento_medico_por_conviccao_religiosa_e_a_teorias_do_menor_maduro.pdf. Acesso

em: 29 abr. 2022.



Unidade IV - A manifestação da autonomia privada nas situações existenciais

- 4.1 Liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada
- 4.2 A construção do conceito individual de saúde.
- 4.3 A autonomia privada dos vulneráveis em questões médicas.
- 4.4 O agir autônomo nas situações existenciais situadas nos extremos da vida.

UNIDADE 4- A MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS

Introdução da Unidade

Olá!

Seja bem-vindo ao nosso último módulo.

A unidade IV foi construída com o propósito de provocar a reflexão sobre importantes temas do direito médico, quais sejam: I) a necessária distinção entre liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada; II) a (in)viabilidade da construção de um conceito individual de saúde; IV) o agir autônomo.

É justamente nesse ponto que o direito, a moral e a medicina se encontram. Os problemas deixam o plano puramente filosófico e migram para realidade. No mundo dos fatos, os sujeitos possuem nome, identidade, personalidade, vontade e sentimentos. A realização do projeto de vida passa a ser um objetivo que nem sempre será concretizado. Entre o 'querer' e o 'realizar' existe a justiça e o direito. Por falar no Direito, qual é o papel que deverá ser desempenhado pelo Estado nas situações existenciais situadas nos confins da vida? Existem limites para o exercício da legítima vontade do paciente? — É no questionamento que se situa o fascínio.

O problema é que situações que antes eram fisicamente distantes, agora batem na porta dos escritórios, das secretarias e dos gabinetes. Estamos preparados para



lidar com tais situações? Isso só o tempo vai dizer, mas posso assegurar que nada disso será novidade para você.

Objetivos da Unidade

Ao final da unidade IV, espera-se que você seja capaz de:

1. Compreender e diferenciar os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada;
2. Identificar os fundamentos jurídicos que estruturam a construção e a afirmação de um conceito individual de saúde.
3. Conhecer os modos de exercício da autonomia privada em tratamento de saúde pelas pessoas alcançadas pelo regime jurídico do Estatuto da Pessoa com Deficiência.
4. Reconhecer a legitimidade das decisões manifestadas por pessoas competentes em situação de terminalidade.

Vamos juntos?

Começando a conversa

TEXTO 1

People Are Becoming Disabled By Choice And Calling Themselves 'Transabled'

More and more people are self-amputating themselves or undergoing illegal surgeries because they believe they were born to be a person with disability.



O início do ano 2000 trouxe com ele uma polêmica até então não imaginada pelo o médico cirurgião escocês Robert Smith. Em 31 de janeiro daquele ano, a direção do hospital de Falkirk, localizado na cidade de Glasgow/Escócia, confirmou a realização duas cirurgias para amputação de uma das pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis, mas portadores de um transtorno mental denominado como disfunção dismórfica do corpo.

A repercussão das intervenções médicas levou um deputado a requerer a abertura de uma investigação por parte do Ministério da Saúde da Escócia, mas em sua oitiva o cirurgião, que já havia recebido outros seis pedidos similares, comprovou que as amputações foram previamente autorizadas pelo diretor do Serviço Nacional de Saúde, afastando assim a dúvida acerca da ilicitude dos procedimentos.

Em entrevista coletiva sobre os casos, o Dr. Smith afirmou que realizou as amputações para encerrar o sofrimento dos pacientes e para evitar que causassem riscos para terceiros, isso porque, conforme apurado pela equipe médica do hospital, há dois anos os pacientes planejavam a amputação por outros meios.

O primeiro paciente, um inglês, teve a sua perna amputada no ano de 1997, ao custo de 1.400,0 libras, já havia decidido se deitar em uma linha de trem para se ver livre do membro indesejado.



O segundo paciente, de nacionalidade alemã, que teve o membro inferior amputado em 1999, já havia atirado contra sua perna e se preparava para repetir novamente a tentativa com a utilização de arma de fogo.

Assim, declarou o médico que: “Não tenho dúvidas de que o que fiz foi correto para os pacientes [...]. Levei mais de dois anos para tomar a decisão de realizar as operações, mas, provavelmente, essas foram as cirurgias que me causaram mais satisfação (profissional).” (FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. 2018, p, 93).

TEXTO

3

Art. 13. *Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*

Parágrafo único. *O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. (Código Civil, 2002, art. 13). Para ajudá-lo a responder a essas perguntas, veja o conteúdo referente ao tema de nossa unidade.*

Independente de serem ou não tratados como portadores de transtorno mental ou do comportamento, se a compulsão não puder ser alterada, deveriam os wannabes (Amputees By Choice) ser condenados a conviver com um corpo que não reconhecem ou aceitam?

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar os conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada.

Aproveitem!

LIBERDADE JURÍDICA, AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA



A tentativa de estabelecer uma conceituação para a liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada implica risco. As definições são dinâmicas e, por isso, diretamente influenciadas pela realidade à qual estão vinculadas. Há muito a doutrina tem se ocupado do estudo dos três institutos, ora como expressões que se aproximam no aspecto semântico, ora como conceitos antagônicos. O que se pretende aqui é demonstrar o modo como se deu a concepção e a evolução de cada um dos institutos para, ao final, identificar qual deles melhor fundamenta o estudo desenvolvido na nossa disciplina.

Por liberdade jurídica se deve compreender a possibilidade de atuação do indivíduo tutelada pelo ordenamento jurídico. Para os particulares, a liberdade jurídica foi traduzida na máxima: o que não é proibido é permitido. Assim, a liberdade jurídica se efetiva na possibilidade de agir lícitamente, praticando toda e qualquer conduta que não é explicitamente vedada pela Lei. Tal possibilidade se encontra juridicamente autorizada no art. 5º, inciso II da CF/88, que assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” (BRASIL, 1988). A liberdade jurídica tem como único limite a Lei e, em assim ocorrendo, toda e qualquer conduta haverá de ser tutelada, desde que não seja expressamente vedada. (BARROSO, 2001, p. 85).

A autonomia da vontade ocupou, até a primeira metade do séc. XX, a posição de mais importante princípio do Direito Privado. Sob seu fundamento justificavam-se as relações estabelecidas entre particulares, protegia-se o indivíduo da ingerência desarrazoada do Estado e, em última instância, valoriza-se a vontade e a liberdade de agir. Para além de uma doutrina puramente econômica, o liberalismo influenciou diretamente a organização do Estado⁹⁰ e o funcionamento das sociedades por meio da máxima do *laissez-faire*, que preconizava o livre funcionamento do mercado e a intervenção mínima do Poder Público, que deveria se limitar à proteção do direito de propriedade. O liberalismo econômico consagrou a vontade como principal e mais importante fonte das obrigações entre particulares. Nesse sentido, a autonomia da vontade



[...] caracteriza-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo no marco político do Estado Liberal, que deixava a cargo dos indivíduos decidirem as próprias vidas no que tange à liberdade contratual, já que o maior valor social à época era o patrimônio, em razão da sociedade burguesa que dominava 'a cena. (TEIXEIRA, 2010, p. 87).

Fundado no dogma da vontade, o indivíduo tinha a aptidão para praticar um ato jurídico e lhe determinar o conteúdo, a forma e os efeitos dele decorrentes sem que precisasse se submeter a qualquer ingerência externa.

A supervalorização da vontade, como fonte preponderante das obrigações estabelecidas entre particulares, se, por um lado, privilegiava a liberdade e atendia aos anseios econômicos de uma sociedade impulsionada pelo processo de industrialização; por outro, gerava insegurança jurídica, haja vista a impossibilidade de tutelar, de forma objetiva, a vontade psicológica do agente.

A autonomia da vontade se mostrou frágil como fonte primordial das obrigações oriundas das relações privadas. É que a vontade exteriorizada nem sempre estará em sintonia com a vontade real, prejudicando, em razão do alto grau de subjetivismo, os negócios estabelecidos entre particulares.

Tal constatação evidenciou a necessidade de alteração do paradigma para valorizar, em um aspecto objetivo, a vontade efetivamente manifestada. Se a vontade reside no íntimo do agente, o Direito deve valorar como fonte de obrigação a vontade exteriorizada, isto é, que se manifesta perante a contraparte ou na presença de terceiros; por ato de seu titular; e que pode ser comprovada pela publicização do ato ou por meio de condutas compatíveis com o desejo de contratar.

As reivindicações operárias oxigenadas pelo movimento grevista que se difundiu na Europa no fim do século XIX e início do século XX, somadas à Primeira Guerra Mundial, resultaram importantes transformações na estrutura do Estado ocidental. A não intervenção típica do liberalismo econômico é gradativamente substituída pelo intervencionismo estatal justificado pela necessidade de limitar os abusos decorrentes da concentração do capital e de assegurar a prestação de serviços públicos essenciais para a população. Contudo, o instituto da vontade, como elemento constituidor das obrigações, já estava radicado na cultura jurídica, sendo



impossível suprimi-lo por completo. Daí a necessidade de transformação no papel por ela desempenhado.

Desse modo, inaugura-se a concepção de Estado Social e, com ele, nasce uma nova principiologia para a vida privada que deve conciliar as pretensões das partes aos interesses da coletividade, haja vista que todas as relações jurídicas devem realizar, antes de tudo, um valor de utilidade, isto é, representar um bem-estar social.

Assiste-se então à migração da autonomia da vontade para a autonomia privada, como forma de assegurar que o exercício da liberdade individual não se dê de forma totalmente dissociada do interesse público.

A autonomia privada é, na contemporaneidade, o fundamento sob o qual se criam, modificam ou extinguem situações jurídicas a partir das limitações impostas pelo ordenamento jurídico, ou, como prefere Rose Melo Vencelau Meireles, “[...] é expressão privada da liberdade jurídica.” (MEIRELES, 2009, p. 69).

No exercício da autonomia, o indivíduo é chamado a normatizar suas próprias relações, estabelecendo eficácia jurídica para os atos conscientemente praticados e reconhecidos como válidos pelo Estado.

A autonomia da vontade não se confunde com a autonomia privada. É que, conforme explica Francisco Amaral, “autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos.” (AMARAL, 2008, p. 293).

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar a construção do conceito individual de saúde. Aproveitem!

A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO INDIVIDUAL DE SAÚDE



O vídeo exibido acima foi publicado no Youtube com o título 'eu quero o direito de tentar' e traz o apelo feito pela mineira Mônica Pereira Dato Guarnieri em defesa do direito de tentar.

Em sua fala, Mônica, que é portadora de esclerose lateral amiotrófica, popularmente conhecida pela sigla ELA, busca o reconhecimento do seu direito de utilizar medicamentos em fase de testes e, para tanto, clama pela autorização a cargo do Ministério da Saúde e da ANVISA.

O caso de Mônica, assim como outros que já foram e que ainda serão mencionados na presente disciplina, nos remetem ao questionamento formulado por Stefano Rodota quando assim indagou:

De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe doou, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas dele se apossa, de um médico ou de um magistrado que estabelecem o seu destino? (RODOTÀ, 2006, p. 73).

Se a Mônica e somente a ela pertencem o seu corpo e a sua saúde, sob qual justificativa se assenta o poder regulamentar exercido pelo Estado que a impede de se submeter voluntária e conscientemente a um tratamento experimental?

A definição individual de saúde, como atributo da personalidade humana, é dinâmica, ou seja, está em constante processo de construção e reconstrução, inserindo-se no âmbito da liberdade de atuação do seu titular. Ao indivíduo deve ser assegurado o poder de construir, alterar e implementar sua concepção pessoal de saúde, gerando, tanto para o Estado quanto para os particulares, um duplo dever, qual seja, o de se abster de violar as escolhas individuais e, por sua vez, o de oportunizar os mecanismos necessários para a efetivação da vontade manifestada pelo sujeito.

O fato de a saúde ter sido prevista como direito fundamental na CF/88 e de sua efetivação se dar mediante políticas públicas a cargo do Estado não afasta o seu caráter genuinamente individual. É que, "a construção do modelo individual de saúde abrange a construção da identidade, que só se pode ocorrer a partir de referências autônomas." (TEIXEIRA, 2010, p. 71).

O mesmo pluralismo jurídico que nos impõe o obrigatório respeito às liberdades de crença, de convicção e pensamento político, de orientação sexual, exige também



que se observe a autonomia da pessoa para, a partir das suas experiências e vivências, construir seu próprio projeto de vida, definindo tudo aquilo que almeja para si e para sua saúde.

A urgência no reconhecimento da autonomia do direito à saúde, sobretudo no que se refere à sua emancipação em relação ao direito à vida, decorre da necessidade se emprestar igual efetividade para diferentes decisões acerca de uma mesma situação. Se para determinada pessoa a efetivação do direito à saúde se dá por meio do implemento de todas as alternativas terapêuticas viáveis para o tratamento de uma doença, para outra, a prevalência da saúde e do seu bem-estar pode consistir justamente na não realização de qualquer intervenção médica, ou mesmo na opção pelos cuidados paliativos.

A legitimidade jurídica da decisão manifestada pelo paciente em matéria de saúde não é determinada pelo resultado prático que dela decorrerá, mas, sim, pelo processo decisório empreendido na tomada de decisão. Nesse sentido, deve-se munir o paciente de informações suficientes para que, consciente de seu real estado e de todas as possibilidades terapêuticas disponíveis, possa definir tudo aquilo que deseja que seja ou não realizado em benefício da sua autonomia.

Como há muito ensina Maria de Fátima Freire de Sá, a recusa de tratamento médico; a opção por cuidados paliativos quando outro tratamento com eventual êxito curativo é possível; ou mesmo a manifestação consciente da vontade de encurtar a vida pela via da eutanásia ou do suicídio assistido, não podem ser tomadas como hipóteses de renúncia aos direitos de personalidade, mas, diferentemente, representam o exercício de tais direitos.

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar a autonomia privada dos vulneráveis em questões médicas.

Aproveitem!



A AUTONOMIA PRIVADA DOS VULNERÁVEIS EM QUESTÕES MÉDICAS

Ao eleger a cidadania e a dignidade humana como seus fundamentos, a CF/88 tutelou a pessoa em seus diferentes contextos de existência e de interação, reconhecendo expressamente nossa condição de sujeito de direito e de destinatários da proteção do Estado. É no mundo dos fatos que a pessoa existe e é também neste plano que o indivíduo revela suas vulnerabilidades que, por sua vez, demandam instrumentos normativos de proteção especial.

A palavra vulnerabilidade, do latim *vulnerabilis*, é aqui compreendida como potencialidade de violação, de ferimento. Ao analisarem o tema, Heloísa Helena Barbosa e Vitor Almeida Júnior afirmam que a vulnerabilidade é condição ontológica de qualquer ser vivo que, pela simples existência, está suscetível de sofrer uma violação em sua integridade, física ou psíquica, ou em seus direitos. Nesse sentido, afirmam os autores:

Sob essa perspectiva, a vulnerabilidade é um dom que resulta necessariamente da condição de ser humano, e que pode ser estendido a todo organismo vivo. É um perigo eventual, mais ou menos previsível, e um fim inexorável, o primeiro surgido das relações que os homens mantêm entre si, e o segundo sendo a expressão da natureza humana. Não é a vida em sociedade que dá origem à vulnerabilidade, porque está preexistente às relações humanas, mas a vida em grupo favorecer a expressão da vulnerabilidade em suas diferentes formas: o risco de ser ferido é uma forte probabilidade na coexistência humana. A convivência pode aumentar a vulnerabilidade, mas não é a sua fonte. (BARBOZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p. 42).

Embora a vulnerabilidade seja compreendida como uma condição humana, é essencial distinguir a vulnerabilidade, em seu sentido ontológico, da vulnerabilidade concreta, isto é, determinada por condição existencial da pessoa que a retira a possibilidade de exercer suas potencialidades em prol da efetivação de sua dignidade. Se, por um lado, estar vivo representa, por si só, uma vulnerabilidade; por outro, algumas pessoas, já no nascimento ou em determinado momento da vida, em razão de situações de ordem física, psíquica ou econômica, são expostas a um grau de



vulnerabilidade tal que exige uma proteção especial a fim de que seja possível a elas o acesso e o exercício de direitos essenciais à existência digna. Recorrendo novamente a Barboza e Almeida Júnior, tem-se que:

Se todas as pessoas são vulneráveis, é preciso estar atento para as situações substancialmente específicas, para que se identifique a tutela concreta a ser aplicada. Não basta em muitos casos invocar a tutela geral, implícita na Constituição da República, que protege todas as pessoas humanas em sua inerente vulnerabilidade. É indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada grupo, como vem sendo feito com as crianças e adolescentes, com os consumidores e com a pessoa idosa. (BARBOZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p. 40).

Tais indivíduos, em razão de suas particularidades, estão recorrentemente expostos aos riscos, demandando, por isso, proteção especial. É o que acontece, por exemplo, no caso dos incapazes, que, em razão da idade ou da impossibilidade, permanente ou transitória, não podem manifestar vontade. Cabe ao Direito, nas referidas situações, buscar a diminuição do risco que os sujeitos tidos como incapazes estão submetidos por natureza, conferindo, para tanto, uma tutela especial, isso porque, “as incapacidades aparecem como a tradução jurídica de uma vulnerabilidade antecipadamente apreendida pelo Direito.” (BARBOZA; ALMEIDA JÚNIOR, 2017, p. 42).

Para além do aspecto puramente negocial, o estudo da vulnerabilidade possui grande relevância para a área da saúde¹⁸, haja vista a potencialidade de fomentar estudos interdisciplinares e dinâmicos acerca dos efeitos decorrentes das categorizações genéricas dos indivíduos inseridos nos grupos classificados como vulneráveis.

Ainda que com a finalidade de proteção dos sujeitos, a categorização de determinado grupo como vulnerável acaba por acarretar preconceito, discriminação e negativa de exercício de direito. A exemplo da proteção jurídica conferida a outros grupos de vulneráveis, como crianças e adolescentes e idosos, em 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo por objetivo maior “[...] assegurar e promover, em condições de



igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015).

Nos termos do que consta da norma em questão, a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, inclusive para: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, art. 6º).

Conteúdo

Nesta sessão, vamos estudar o agir autônomo nas situações existenciais situadas nos extremos da vida.

Aproveitem!

O AGIR AUTÔNOMO NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS SITUADAS NOS EXTREMOS DA VIDA

É justamente o reconhecimento e a efetivação da autonomia privada que permitem ao indivíduo se colocar no meio social de forma singular, tendo assegurado o seu direito à livre constituição de sua personalidade e o respeito à diferença, valores imprescindíveis no regime democrático. Assim, uma intervenção estatal que, ignorando os contornos particulares do caso concreto, restringe a liberdade individual sob o pretexto de afastar os riscos decorrentes das escolhas pessoais é incompatível com a própria noção de vida digna. Isso porque, conforme ensinou o professor João Batista Vilela, a vida humana, sem liberdade, não é vida:

A vida pela vida inscreve-se na ordem da natureza. É um bem inerente a todos os seres vivos criados (Geschöpf), algo de que o homem dispõe em comum com todo o universo dos seres que resistem à morte, seja um primata, uma árvore ou mesmo o verme machadiano que primeiro lhe roerá as frias carnes do cadáver. A vida, toda ela



e onde quer que se manifeste, é um milagre da criação e um triunfo sobre o silêncio cósmico. Isso não é pouco, mas também não é tudo. Só a liberdade faz dela um valor caracteristicamente humano. Em outras palavras e em resumo, o que importa não é tanto a vida, mas o que fazemos dela. (VILLELA, 2003, p. 64).

O que pretendemos afirmar é que o reconhecimento de iguais liberdades de atuação autoriza, sob o fundamento da autonomia privada, a adoção de condutas potencialmente lesivas pelo sujeito, sobretudo quando os efeitos que delas decorrerá está adstrito a sua esfera de direitos e obrigações. Tal constatação nos remete à questão das condutas acráticas que, embora substancialmente lesivas para aqueles que as praticam, são, via de regra, tidas como válidas.

O debate filosófico em torno dessa irracionalidade voluntária é, ainda hoje, enfrentado no âmbito da Filosofia Moral como o problema da acrasia ou fraqueza da vontade. A palavra acrasia deriva do grego akrasía e foi, ao longo da história, empregada para descrever o comportamento das pessoas que frequentemente comem ou bebem de forma demasiada, mesmo consciente dos malefícios de tais condutas. Em síntese, o que se discute sob o argumento da acrasia é: o que leva uma pessoa a agir contrariamente à sua lucidez? Como justificar a conduta daquele que, conhecendo o melhor a ser feito em seu benefício próprio, escolhe outro caminho?

Nas condutas acráticas, o agente possui um conhecimento prévio acerca dos fatos e da situação em que se encontra inserido, resultando de tal conhecimento a crença acerca daquilo que deve e que deseja ser feito na direção daquilo que acredita. Embora saiba verdadeiramente o que deve fazer, isto é, a forma como deve proceder, o indivíduo atua contra o seu melhor juízo, o fazendo única e exclusivamente pela vontade de contrariar a sua convicção.

Em tais casos, o agente conhece as premissas e, portanto, pode concluir, enunciando a conclusão acerca do comportado ou da conduta devida para o caso, contudo, não age de acordo com a conclusão lógica.

Todos nós, no nosso dia a dia, vivenciamos ocasiões em que sabemos, segundo o nosso melhor juízo, o que devemos fazer em uma situação concreta, porém não agimos conforme o nosso conhecimento, ou seja, nem sempre o nosso melhor juízo é suficiente para determinar as nossas ações efetivas.



Pensemos, a título de ilustração, no caso de Jewel Douglas. Segundo Gawande, a paciente havia sido diagnosticada com um câncer de ovário e, em razão da progressão da doença, os tumores já obstruíam seu intestino, gerando ondas de cólicas abdominais, enjoo e vômito. Além disso, o abdômen de Jewel estava cheio de líquido, gerando grande dificuldade para respirar. De posse do resultado de um exame de tomografia, o médico cirurgião, acompanhando do oncologista responsável pelo tratamento, conversou com a paciente acerca das opções de tratamento que, em síntese, estavam restritas a um menu de quimioterapias e de cirurgias ou, em outro extremo, aos cuidados paliativos.

Apresentadas as opções e os efeitos colaterais decorrentes de cada uma delas, a conclusão inicial de Jewel foi por retardar o início do tratamento para que pudesse participar da celebração do casamento de sua melhor amiga, que aconteceria em dois dias.

Após a cerimônia, o quadro de saúde da paciente se agravou e, de volta ao hospital, o médico decidiu pela realização da cirurgia que seria realizada no dia seguinte. Instantes antes de ser levada para o bloco cirúrgico, Jewel pediu que cancelasse o procedimento, estava com medo do sofrimento que poderia decorrer da intervenção, mesmo ciente de que “a cirurgia lhe ofereceria a possibilidade de voltar a comer e uma probabilidade muito boa de controlar os enjoos [...] ela tinha, estimei, 75% de chance de melhorar seu futuro, pelo menos por algum tempo, e 25% de chance de piorá-lo.” (GAWANDE, 2015, p. 218- 221).

Jewel Douglas sabia exatamente que a realização da cirurgia era necessária para aliviar o seu sofrimento e para permitir que continuasse viva, no entanto, mesmo consciente da necessidade de consentir a realização do procedimento, acabou por denegar a autorização, tendo optado, naquele momento, por dar continuidade ao quadro que lhe causava enorme desconforto.

A conduta da paciente, que se repete diariamente em hospitais e clínicas, demonstra que a acrasia não só é possível, mas muito comum. Um ato só é acrático quando sua conclusão for diferente da lógica dedutiva, ou seja, quando comparado com aquele que seria o comportamento ou a conduta padrão esperada para a situação.



O comportamento ou a conduta acrática acontece quando somos tomados pelo prazer, pelas tentações, pelas compulsões, pelo medo ou por outras motivações tidas como não racionais. Nesses casos, a partir de um padrão social de racionalidade, estaremos agindo de forma irracional ou irrazoável quando optamos por seguir um caminho contrário ao indicado pela lógica, embora, subjetivamente, tenhamos explicações para nossas escolhas.

Ao analisar o fenômeno da acrasia a partir do consumo de cigarro, Maria Celina Bodin de Moraes explica que:

embora o sujeito acredite que queira se livrar do vício, porque sabe que faz mal, efetiva ou potencialmente à sua saúde, ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo lhe traz. Escolhe então, racionalmente, o que lhe faz mal ao corpo, mas bem à alma. (MORAES, 2009, p. 356-357).

No que se refere à responsabilidade pelas condutas acráticas, Bodin explica que existe uma lógica intrínseca por trás de tais atos e observa que eles são normais e racionais, estando sujeitos a mudanças pelo exercício da razão, vejamos:

Uma vez que tais atos (acráticos), embora objetivamente vistos como irracionais pelo padrão social, foram efetuados por um sujeito com base em seu discernimento, a responsabilidade por suas consequências não é questionada. Somente quando o discernimento é afetado por um fator externo (como ingestão de bebida alcoólica) ou por um fator interno (doença), é que o ordenamento afasta ou delimita a responsabilidade (MORAES, 2009, p. 355).

Assim, as condutas acráticas são válidas e possuem, entre outros desdobramentos, o atributo de produzir efeitos até para responsabilizar o agente pelas consequências decorrentes de seus atos para si ou para terceiros.

Para além de serem válidas são também, do modo como já afirmamos acima, corriqueiras e quase que despercebidas. Ao ligarmos nossos aparelhos de televisão para assistir a uma corrida de automobilismo ou a um combate de UFC não questionamos a racionalidade e o discernimento dos atletas que, conscientes do perigo implícito em tais modalidades esportivas, optam por arriscar a própria vida em prol do sucesso e do êxito que delas decorre.



Também não nos causa perplexidade o exercício do ofício por parte dos agentes penitenciários e policiais que diuturnamente estão expostos a situações de violência e a uma jornada de trabalho exaustiva.

Em prol do conforto de uma visão nítida, é conveniente não enxergar o risco implícito no trabalho dos limpadores de janelas que, dependurados sob cordas e cabos de aço, muitas vezes sem equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados, se arriscam nos arranha-céus das grandes metrópoles.

Talvez o que nos conforte, em cada uma dessas situações, é saber que o exercício de tais funções decorreu, de certo modo, de uma escolha desses profissionais, isto é, da prevalência do princípio da liberdade do trabalho consagrado no Art. 5º, inciso XIII139 e no Art. 170140 da CF/88.

Causa estranheza, porém, a dificuldade de reconhecer idêntica liberdade de autodeterminação nas questões existências situadas no campo da saúde e na terminalidade da vida. Se um piloto de fórmula 1 pode, voluntariamente, assumir os riscos fatais de um acidente; em que se funda, verdadeiramente, a proibição da utilização de uma droga que, embora ainda não regulamentada, mostra-se, ainda que por meio indícios não seguramente comprovados, potencialmente eficaz para o tratamento da doença? Não estariam os dois atores – piloto e paciente – dispendo do mesmo bem jurídico? – É provável que a resposta aos dois questionamentos extrapole o campo da autonomia privada e adentre em outras searas que, a exemplo da questão econômica, justifique a licitude da primeira conduta e a aparente ilicitude da última.

As corridas de automobilismo assim como os demais esportes radicais possuem o inquestionável efeito de geração de riqueza. Para além da necessidade de preservação da vida e incolumidade psicofísica dos pilotos e lutadores, existe o interesse dos patrocinadores, emissoras de televisão, fornecedores e do próprio Estado de se beneficiarem economicamente de tais práticas esportivas, ainda que, para tanto, seja necessário consentir o risco de morte dos atletas.

Por sua vez, quando vislumbramos a situação de pacientes acometidos por doenças graves e incuráveis, além de inexistir idêntico potencial de geração de renda, faz-se incontestável a possibilidade concreta de majoração de despesas decorrentes do custeio de tratamentos ou do fornecimento, pelo Estado, de drogas ou medicamentos experimentais, o que, por sua vez, por explicar a sua proibição.



Assim, sob o falso manto da cláusula geral de tutela da saúde, estruturam-se arcabouços normativos tendentes a limitar o campo de manifestação da autonomia privada e a impedir que a pessoa exerça, em plenitude, a gestão do seu corpo e da sua saúde. Nada pode ser mais individual do que o poder de definir aquilo que se espera ver realizado em prol da efetivação da sua dignidade.

O efeito dignificante das escolhas manifestadas pelo paciente que, consciente do seu real estado, exterioriza suas coordenadas para o médico e para seus familiares, não está situado no resultado que delas decorrerá, mas, sim, no processo decisório que deve valorizar, antes de tudo, a autonomia privada.

Triste época a nossa, onde o Estado doente, retira dos seus doentes a possibilidade de se fazer respeitar como ser moral. É preciso vencer a miopia da norma, superar o paternalismo exacerbado no exercício da função reguladora e edificar espaços de liberdade em matéria de saúde.

Saiba mais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI / UFF, 2012, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p.35-54.

Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7a0ac723159df05. Acesso em: 29 abr. 2022.

PENNA, Iana Soares de Oliveira; THEBALDI, Isabela Maria Marques. O filme A pele que habito e os limites da autonomia privada nos atos de modificação corporal: uma análise à luz do princípio da dignidade humana. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS, 2015, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p.307-331. Disponível

em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/4d9nht62/26W30UNWk2F3v80w.pdf> (Links para um site externo.). Acesso em: 29 abr. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. A prescrição off label de medicamentos: análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento dos recursos especiais nº 1.721.705/SP e nº 1.729.566/SP. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21,



p. 147-161, jul./set. 2019. Disponível

em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/469>. Acesso em: 29 abr. 2022.