

O DIREITO SANITÁRIO E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

HEALTH LAW AND ITS SOCIAL RELEVANCE



Luiz Henrique Sormani Barbugiani ¹⁷¹

¹⁷¹ Procurador do Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo – Fadusp. Doutor em Direito e Mestre em Antropologia pela

Universidade de Salamanca – USAL. Diretor-presidente adjunto da Escola Nacional da Advocacia Pública – ESNAP.

O direito sanitário é um ramo do Direito Público com normas de ordem pública inderrogáveis pela vontade das partes no intuito de promover a tutela do interesse da coletividade nas relações jurídicas sanitárias. Corrobora a autonomia relativa desse ramo jurídico a presença de conceitos, princípios, normas e métodos de pesquisa próprios. Depreende-se da produção doutrinária desse ramo autônomo do direito a sua relevância social, em especial as pesquisas do professor Miguel Kfoury Neto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sanitário – Autonomia científica – Relevância social

The research sought to survey the impacts of the latest reform movement in Brazilian Social Security, specifically with regard to the changes promoted, by Law 13,946/2019, in arts. 120 and 121 of Law 8,213/1991. These changes expanded the object of so-called regressive social security actions to also cover, as a basis, domestic and family violence against women. The article develops in two stages. Firstly, it analyzes the regressive social security actions within the scope of social security in transformation, with the dilemmas relating to the universality of coverage and the financial and actuarial balance of the system. As a second stage, it demonstrates that the concern with violence against women, especially in the family and domestic sphere, goes beyond Social Security Law, to cover other legal fields and international regulations to which Brazil is a signatory. It is from this reality of awareness of the problem of violence against women that the expansion of regressive Social Security actions to cover the so-called Maria da Penha regressive actions is located. The research points out, however, that it is not unknown that various questions about their own legitimacy and even their (in)compatibility with the Federal Constitution orbit around such actions. Although the article does not address such questions, it demonstrates some subtle nonconformity regarding the solutions recommended for the strict scope of Social Security Law. The methodology used in the research was deductive, based on a bibliographic survey on topics related to the problems raised by the research.

KEYWORDS: Regressive social security actions; Maria da Penha Law; Violence against women.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva trabalhar a percepção da autonomia e importância do Direito Médico e da Saúde que é comumente denominado de Direito Sanitário e sua relevância social. O desafio adquiriu um aspecto especial, pois a edição da revista Gralha Azul para a qual o material é enviado almeja homenagear do desembargador Miguel Kfoury Neto, cujas pesquisas, palestras, artigos científicos e livros são considerados ícones para quem deseja se especializar e aprimorar seus conhecimentos nesse ramo específico do Direito Público.

No intuito de desenvolver a temática proposta intitulada de O Direito Sanitário e sua Relevância Social passamos nas próximas linhas a lapidar o conceito de Direito Sanitário, apreciar o Poder de Polícia Sanitário, discorrer sobre a Aplicabilidade do Direito Sanitário e abordar a Relevância da Pesquisa do Jurista Homenageado.

1 Conceito de Direito Sanitário

A delimitação da existência ou não de um ramo jurídico depende da identificação de diversos aspectos que diferenciam um ramo dos demais pertencentes a mesma árvore da ciência denominada Direito. A autonomia relativa dos diversos ramos não desmerece ou prejudica a concepção do Direito enquanto ciência independente, pois seus ramos são especializações, como ocorre também na área da Medicina, não afetando a compressão dela

enquanto ciência independente. Isso acontece porque as ciências apresentam uma complexidade exacerbada em suas entranhas e a existência de ramos de especialização funcionam como reflexos do desenvolvimento e aperfeiçoamento de métodos e princípios próprios que reforçam a aplicabilidade de um microsistema (ramo autônomo) dentro de um macrosistema (ciência independente).

Já que estamos tratando nesse estudo do Direito Sanitário, podemos comparar o ser humano com a ciência Direito que é independente e os ramos jurídicos como os diversos órgãos que compõem o organismo do ser humano integrados em uma estrutura sistêmica.

Em um trabalho científico publicado em 2004, ponderamos que "o elemento primordial e essencial da definição da autonomia de um ramo jurídico é perceptível quando uma disciplina apresenta conceitos, definições, institutos e métodos de pesquisa próprios, bem como princípios que garantam a sustentação e organicidade da matéria"¹⁷².

Ao esmiuçar a autonomia do Direito Sanitário, explanamos que:

"Os métodos de pesquisa específicos configuram um conjunto de meios dispostos com o intuito de alcançar um fim, objetivando atingir um conhecimento científico dentro de uma área predeterminada ou comunicá-lo a outras pessoas. Eles variam conforme o ângulo adotado pelo pesquisador para implementar a

172 BARBUGIANI, L. H. S. (2004). O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico. Revista De Direito Sanitário, 5(2), 22-41. Disponível em:

<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p22-41> Acesso em: 17 mar. 2025.

observação dos fatos submetidos à análise e possibilitar uma conclusão. Toda ciência tem métodos peculiares adequados às suas necessidades, da mesma forma que os sub-ramos dela se especializam em critérios metodológicos para atender as características incomuns da matéria em relação ao todo, sendo praticamente impossível enumerá-los, restringindo aquilo que é irrestrito no campo da pesquisa. Os institutos próprios podem ser concebidos de duas maneiras distintas, a primeira como órgãos que interferem ou viabilizam a aplicação do ramo jurídico autônomo; a segunda como elementos que diferenciam o Direito Sanitário das demais especializações da ciência jurídica. Quanto ao primeiro aspecto, encontra-se nas estruturas da Administração Pública variados órgãos e entidades que instrumentalizam a aplicação do Direito Sanitário, no âmbito municipal a Secretaria Municipal de Saúde através dos Departamentos de Vigilância em Saúde, atuando em conjunto com a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos; no âmbito do Estado de São Paulo, a Secretaria do Estado da Saúde, que por sua vez atua em conjunto com outros órgãos a ela vinculados como o Centro de Vigilância Sanitária e Epidemiológica atualmente na estrutura coordenadora de seus grupos técnicos das Direções Regionais de Saúde, que posteriormente segundo projeto de lei passarão a constituir uma nova entidade nos moldes da ANVISA, atuando em conjunto com a Procuradoria Geral do Estado; no âmbito federal o Ministério da Saúde que também utiliza-se de entidades como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Fundação Nacional de Saúde e Agência Nacional de Saúde Suplementar na aplicação do Direito Sanitário, atuando em conjunto com

os procuradores federais. No sentido de institutos próprios como elementos que diferenciam o Direito Sanitário dos demais ramos jurídicos, pode-se citar, a título exemplificativo, o poder normativo concedido à ANVISA pela Lei Federal n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, para através das resoluções da diretoria colegiada regulamentar matéria atinente ao Direito Sanitário. Essa normalização tem razão de existir na impossibilidade da matéria ser especificada em lei, dadas as transformações constantes na sociedade que inviabilizariam a adequação das normas às novas realidades sociais prejudicando o direito da população e o atendimento do preceito constitucional que designa a saúde como direito de todos e dever do Estado. Outros princípios e artigos inseridos na Constituição Federal determinam condutas atribuídas ao setor público ou a serem implementadas ou garantidas pelo mesmo, para que a vida, saúde, segurança sejam preservadas, entre eles o caput do art. 5º ao garantir o direito à vida e à segurança, o inciso III do art. 19º ao determinar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o art. 69º definindo como direitos sociais à saúde e à segurança

e o art. 196 afirmando que a saúde é direito de todos e dever do Estado”¹⁷³.

Apesar da saúde ser um objeto de estudo específico do Direito Sanitário ela pode ser analisada por diversos outros ramos jurídicos, dentre eles o Direito Ambiental¹⁷⁴, associada a defesa de sustentabilidade que se encontra inerente ao direito das gerações imiscuído também nos direitos humanos universais. Aliás, essa interdependência é a beleza dos ramos jurídicos enquanto especializações da Ciência do Direito cuja existência confirma a independência da Ciência, visto assegurar a complexidade do conjunto de normas e regras que compõem nosso ordenamento jurídico nacional e internacional.

2 Poder de Polícia Sanitário

O Direito Sanitário é composto por normas de ordem pública, nessa hipótese, a vontade das partes não pode afastar a sua aplicação ao caso concreto, ainda que a relação jurídica esteja regulada por um contrato. Isso não significa que absolutamente nada pode ser objeto de deliberação pelo particular nas relações sociais, mas sim que há um núcleo duro inderrogável que necessita ser respeitado nas relações jurídicas que englobam questões

sanitárias consubstanciadas em normas de ordem pública.

No artigo científico “O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico” já defendíamos essa característica do Direito Sanitário pertencer ao Direito Público e não ao Direito Privado, em que a regra geral com algumas atenuações prioriza a vontade das partes nas relações sociais, conforme se depreende do seguinte trecho de nossa pesquisa:

“Percebe-se, por conseguinte, que o Direito Sanitário, faz parte do Direito Público, divisão do Direito, classicamente, aplicada, desde sua definição por Ulpiano ao dividir o Direito em Público e Privado. Não poderia ser diferente, já que os bens jurídicos protegidos pelas normas de Direito Sanitário, ou seja, a vida e saúde humana, não podem ser preteridos, devido a isso, suas normas não são afastadas pela vontade do particular, constituindo-se em verdadeiros dispositivos inderrogáveis”¹⁷⁵.

Diante da necessidade de promover a defesa da saúde da população, o poder de polícia sanitário exerce uma função primordial na manutenção do equilíbrio das relações sociais.

Em 2008, em mais um estudo científico, também defendíamos a necessidade de

173 BARBUGIANI, L. H. S. (2004). O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico. Revista De Direito Sanitário, 5(2), 22-41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p22-41> Acesso em: 17 mar. 2025.

174174 “O Direito Sanitário, como reflexo da evolução social e constitucional embasadora do desenvolvimento contínuo da ciência jurídica, tem uma disciplina irmã no Direito Ambiental. A diferença primordial entre os dois novos ramos da ciência jurídica, encontra-se, no enfoque dado ao meio ambiente e na existência de um maior número de obras publicadas que tratam do jovem Direito Ambiental, questiona-mentos estes que não serão analisados nesse artigo, uma vez que merecem um

trabalho específico devido a sua extensão e complexidade”(BARBUGIANI, L. H. S. (2004). O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico. Revista De Direito Sanitário, 5(2), 22-41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p22-41> Acesso em: 17 mar. 2025).

175 BARBUGIANI, L. H. S. (2004). O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico. Revista De Direito Sanitário, 5(2), 22-41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p22-41> Acesso em: 17 mar. 2025.

fiscalização e controle sanitário no intuito de preservar o interesse público da coletividade que não poderia ser fragilizado ao se priorizar interesses econômicos, asseverando que:

“O conceito de poder de polícia reflete nitidamente a necessária limitação de direitos individuais em prol do interesse público, que restaria maculado caso prevalecesse o individualismo desejado por alguns. Nessa esteira de raciocínio, surgiu a função social da propriedade e, mais recentemente, dos contratos, nos termos preconizados pelo Código Civil de 2002”¹⁷⁶.

No artigo 78 do Código Tributário Nacional é possível constatar o conceito legal de poder de polícia que tradicionalmente é defendido pelos operadores do direito¹⁷⁷. Em síntese podemos ressaltar que se trata de limitações ao direito e liberdade dos indivíduos em prol da coletividade o que, em uma perspectiva sanitária, sugere a proteção da vida e da saúde humana como bem preservado e protegido.

3 Aplicabilidade do Direito Sanitário e a Relevância da Pesquisa do Jurista Homenageado

A aplicação do Direito Sanitário permeia a sociedade e a sua relevância enquanto ramo específico do Direito é referendada pela

autonomia doutrinária que adquiriu ao longo dos anos com cursos de pós-graduação *lato* e *stricto sensu* formando especialistas, mestres e doutores por universidade como, por exemplo, constata-se no Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), vinculado à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

Ademais, doutrinadores como o desembargador Miguel Kfoury Neto, que é o homenageado pela edição especial da Revista Gralha Azul da Escola Judicial do Paraná, demonstram a importância do Direito Sanitário enquanto ramo autônomo da Ciência do Direito.

Rafaella Nogaroli, em artigo publicado em 2021, apresenta ao mundo acadêmico o histórico de atividades precursoras do professor Miguel Kfoury Neto na pesquisa e divulgação do Direito Sanitário, o que merece a devida reprodução:

“Em setembro de 2021, o livro “Responsabilidade Civil do Médico” completa quase três décadas – mais precisamente, 27 anos –, desde seu lançamento pela editora Revista dos Tribunais, em 1994. Fruto da dissertação de Mestrado em Direito desenvolvida sob orientação do professor João Batista Lopes, na Universidade Estadual de Londrina (UEL), Miguel Kfoury Neto oferece uma obra com importantes matizes, apta a subsidiar, com proficiência, os inúmeros debates relacionados ao referido tema. Com aceitação

176 BARBUGIANI, L. H. S. (2008). O poder de polícia sanitário e as normas regulamentares. Revista De Direito Sanitário, 9(3), 201-205. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p201-205> Acesso em: 17 mar. 2025.

177 “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de

interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

plena, por parte da comunidade jurídica e médica –haja vista a celeridade com que os exemplares se esgotaram, ao longo dos anos–esta nova edição, a décima primeira, assim como as demais que a precederam, foi revista e ampliada. O professor Kfourì pesquisa e escreve sobre direito médico há cerca de 32 anos, desde a elaboração de monografia versando sobre a responsabilidade civil do médico, na segunda metade de 1989, como requisito parcial à obtenção dos créditos referentes à disciplina Direito Civil I, prelecionada por Batista Lopes, no curso de mestrado da UEL. Na época, o tema, em países como França, Itália, Espanha e Argentina, já era abordado em obras e tratados volumosos, escritos por civilistas de renome. No Brasil, contudo, predominavam os trabalhos elaborados por médicos, professores de medicina legal – enquanto os mestres do Direito Civil apenas incidentalmente se ocupavam da questão –, enfocando a em conjunto com as demais modalidades de responsabilidade civil ou em breves artigos. Por isso, Kfourì foi precursor doutrinário, ao defender dissertação sobre a temática em 1993¹⁷⁸.

A relevância social de um ramo jurídico pode ser medida pela quantidade de pesquisadores que se debruçam sobre os temas e tópicos atinentes a disciplina. Essa proeminência transparece, no caso do Direito Sanitário, pela intensidade de artigos científicos e obras jurídicas publicadas. Nessa seara, a contribuição do desembargador Miguel Kfourì

Neto é indiscutível, como se depreende das linhas acima, justificando uma edição especial da revista Gralha Azul em homenagem a sua trajetória acadêmica e profissional.

É impossível não ponderar sobre os trabalhos acadêmicos do professor quando o assunto é responsabilidade civil ou bioética no âmbito do Direito Sanitário, ao abordar, por exemplo, o consentimento livre e esclarecido, o estudioso assim se expressa:

"Não devemos ignorar que a saúde é realidade complexa. Nos últimos cinquenta anos, é a pessoa quem se encontra no centro da responsabilidade civil. Qualquer atentado à saúde do ser humano é digno de proteção. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, pode-se claramente compreender que a ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente constitui prejuízo específico e autônomo, mas não deve ser confundido com o prejuízo final.

Nunca poderá ser relegado a plano secundário o fato de que a reparação, nessas hipóteses, será sempre mitigada. Em resumo, ao fixar a indenização pela ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente, cabe ao julgador examinar três fatores:(a) existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; (c) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou

178 NOGAROLI, R. A base sólida do direito médico construída após três décadas de lições do Prof. Miguel Kfourì Neto: uma resenha à 11ª edição da obra "Responsabilidade civil do médico". Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 147-151, 2021. DOI: 10.37963/iberc.v4i3.189.

Disponível em:
<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/189>.
 Acesso em: 17 mar. 2025.

excepcionais. Após, incumbirá ao julgador mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea¹⁷⁹.

As inovações tecnológicas são analisadas e apreciadas dentro dos contornos jurídicos da responsabilidade civil por dano com origem em ato médico e/ou cirúrgico, delimitando e distinguindo a possibilidade de imputação de responsabilidade de caráter indenizatório ao médico, ao hospital e/ou ao fabricante desses instrumentos tecnológicos de maneira serena e imparcial. Nesse ponto, em especial, o professor Miguel Kfouri Neto apresenta as seguintes considerações doutrinárias:

“Em 2015, a empresa Intuitive Surgical enviou uma carta de notificação aos compradores do robô Da Vinci, que consta no website da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em cumprimento à Resolução nº 23/2012, indicando o seguinte problema: durante a cirurgia, um instrumento robótico, depois de fixado a um tecido do paciente, inesperadamente não podia mais se abrir. Cada braço robótico tem um mecanismo de rotação, onde é inserida uma haste em cuja ponta são posicionados os instrumentos robóticos, que auxiliam na apreensão, retração, dissecação e coagulação dos tecidos. Segundo a fabricante, a realização de forças excessivas por enfermeiros no mecanismo de rotação, durante a inserção da haste, poderia acarretar na

quebra do mecanismo de rotação ou de empurre/puxe que controla a abertura e fechamento da garra do instrumento robótico. Quando a garra se fixa no tecido do paciente e o cirurgião no console não consegue abri-la, há um protocolo para abertura manual da garra. Contudo, se ainda assim não for possível abri-la, o cirurgião precisa remover parte do tecido do paciente para extrair o instrumento fixado. Na situação acima relatada, para determinar a responsabilidade civil do fabricante pelos danos causados ao paciente, há alguns pontos importantes a serem ponderados. Primeiramente, é necessário verificar o nexo de causalidade entre o dano ao paciente e a não abertura da garra. Segundo, se, de fato, a garra não abriu por uma questão relacionada à quebra do mecanismo de empurre/empuxe que controla a sua abertura. É igualmente importante verificar se a falha é decorrente de uma força excessiva empregada pelo enfermeiro no mecanismo de rotação durante a inserção da haste, pois, em caso positivo, trata-se de dano ao paciente causado por um serviço paramédico –e, assim, responderá objetivamente o hospital, nos termos do CDC, em virtude da falha do serviço prestado pelo seu preposto ao consumidor-paciente. Todavia, é de suma importância averiguar se no manual de instrução ao usuário do robô Da Vinci constava o alerta sobre a necessidade de cuidado no emprego de força na colocação da referida haste e, ainda, se havia informação dos possíveis

179 KFOURI NETO, M. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 01-21, 2019. DOI: 10.37963/iberc.v2i1.18.

Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/18>. Acesso em: 17 mar. 2025.

eventos adversos. Caso o fabricante do robô não tenha repassado essas informações, responderá objetivamente, também nos termos do CDC, pela falha na informação prestada ao consumidor. Por fim, pode ser constatado que o problema todo é decorrente de um defeito do próprio design do produto (componente robótico) e, neste caso, responderá objetivamente o fabricante do robô. Frise-se novamente que, diante de um dano causado ao consumidor-paciente, o hospital tem responsabilidade solidária com o fabricante –tanto por defeitos do dispositivo médico ou pela falha de informação”¹⁸⁰.

As pesquisas do professor Miguel Kfouri Neto são mencionadas em julgados do Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes, dentre os quais destaca-se a diferenciação na responsabilidade civil das obrigações de meio daquelas reputadas de resultado, como as cirurgias plásticas. Em 2004, por exemplo, o Recurso Especial nº 196.306 menciona as lições doutrinárias do nobre jurista¹⁸¹ enquanto no Recurso Especial nº 236.708, julgado no ano de 2009, o Tribunal da Cidadania, na fundamentação do voto do relator constante do acórdão, assim se expressou:

“A cirurgia plástica, objeto específico da demanda, é nobre ramo da medicina que cuida da reparação médica de inúmeros males que acometem o homem, desde deformidades hereditárias e congênitas, até aquelas ocasionadas por acidentes. Distingue a doutrina especializada, todavia, a cirurgia plástica reparadora, daquela meramente estética, emprestando-lhes, inclusive, tratamento diferenciado no que se refere à natureza obrigacional delas decorrentes. KFOURI NETO, preocupado em afastar a imagem de frivolidade que por muito se vinculou à cirurgia plástica, assevera: “Hodiernamente, não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma ‘cirurgia de luxo’ ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique - daí se poder falar que em termos brandos, como afirma Avecone - de ‘estado patológico’.” (in “A responsabilidade civil do médico”, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 142)”¹⁸²”

180 KFOURI NETO, M. e NOGAROLI, R. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. (2020). Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário, 9(3), 200-209. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v9i3.615> Acesso em: 17 mar. 2025.

181 CIVIL. CIRURGIA. SEQÜELAS. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. CULPA. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado.

2 - Em razão disso, no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva.

3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

4 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.

(REsp n. 196.306/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 3/8/2004, DJ de 16/8/2004, p. 261.)

182 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado,

A relevância social do Direito Sanitário foi propagada pelo professor Miguel Kfoury Neto que, diante de sua vasta experiência e pesquisa vocacionada a aperfeiçoar a compreensão e inteligência dos meandros desse ramo jurídico, não só permeou o âmbito doutrinário como também se tornou referência na jurisprudência, sublinhando os aspectos especiais que autorizam a identificação dos elementos indicadores da autonomia desse ramo jurídico.

Em 2015, na revista de direito sanitário da Universidade de São Paulo, apresentamos em artigo científico, outro aspecto que merece atenção dos juristas, consistente na obrigatoriedade de observância do conhecimento técnico das diversas profissões inclusas na área da saúde em prol da melhor defesa dos interesses dos pacientes que devem ser utilizados como instrumento de auxílio na interpretação e aplicação das normas sanitárias pelos operadores do direito. Na época, expressamo-nos nos seguintes termos:

"Nas questões relacionadas com a aplicação das normas sanitárias, não se deve observar apenas o conteúdo abstrato das disposições legais, pois

*o conhecimento técnico das diversas profissões associadas à área da saúde exerce influência e contribuição essenciais para a defesa dos cidadãos, o que deve ser ponderado pelos juristas na interpretação das disposições de índole sanitária"*¹⁸³.

De outro lado, há uma dificuldade sensível da atividade legislativa acompanhar as inovações tecnológicas com brechas nas normas legais e atrasos de adaptação formal do conteúdo legal das normas de tutela que podem causar prejuízos à população. Exatamente devido a essa fragilidade que ocorreu o empoderamento de agências reguladoras, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária que possui competência para a edição de resoluções normativas elaboradas por técnicos e poder de fiscalização. Da mesma forma, a Agência Nacional de Saúde Suplementar apresenta contribuição essencial para a preservação e prevenção da saúde da população.

Nesse contexto, o princípio da legalidade sob a concepção limitadora de atuação do poder público e da autorização ampla aos entes e entidades privadas para atuarem na ausência de

acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do

médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 236.708/MG, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 10/2/2009, DJe de 18/5/2009.)

183 BARBUGIANI, L. H. S. (2015). Os limites ao comércio de produtos farmacêuticos. Revista De Direito Sanitário, 15(2), 126-137. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v15i2p126-137> Acesso em: 17 mar. 2025.

lei em sentido formal, ao menos nas questões de cunho sanitário, restam relativizadas. Quanto a essa temática, no ensaio "A regulamentação de alimentos contendo organismos geneticamente modificados", assim nos pronunciamos:

*"A questão é mais simples do que parece, pois não se trata da aplicação pura e simples do brocardo — tudo aquilo que não é proibido é permitido — mas da busca da defesa da humanidade, considerando que o que não é proibido, somente não o foi devido ao rápido avanço da tecnologia em descompasso com a edição de normas jurídicas de tutela. Isso não significa dizer que, ao ocorrer a proibição legal do porte de armas de fogo pela população, tal fato, por si só, não englobaria a evolução do armamento, como na hipótese da eventual criação de armas portáteis que, ao invés de dispararem projéteis, produzissem um fecho de laser igualmente mortal"*¹⁸⁴.

Em complemento a essa concepção protetiva, em 2006, no artigo científico intitulado "O direito sanitário no federalismo brasileiro: da legalidade da edição de normas sanitárias pelas diversas esferas de poder e a inexistência de conflito entre elas" deixamos nossa percepção de que em decorrência do princípio do *in dubio pro salute* e de demais princípios que amparam a tutela da população será sopesado em cada caso concreto a aplicação das normas sob uma perspectiva de que deve prevalecer a norma que contenha a maior proteção possível,

independente do ente federado responsável pela sua edição e de sua roupagem jurídica.

Na época assim expusemos nossa compreensão sobre esse tema:

"Diante da grande quantidade de leis regulando questões de saúde pública, surgiram alguns elementos facilitadores de sua interpretação, bem como auxiliares na solução de conflitos aparentes de normas como, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público, do in dubio pro salute e os princípios da unidade, da máxima efetividade e da interpretação conforme a Constituição, decorrentes das regras de hermenêutica, visto que não há ilegalidade nem conflito na regulamentação sanitária pelas três esferas de poder, mas, sim, efetivo e constante aprimoramento da saúde dos habitantes em nível local, regional e nacional.

*Conclui-se, assim, que a atividade legislativa do Congresso Nacional, Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais, sem mencionar as Resoluções e normatizações de outras entidades estatais, objetivam num primeiro plano a preservação, promoção, prevenção e recuperação da saúde coletiva da população e, portanto, por resguardar um bem maior sempre prevalecerá na aplicabilidade de tais normas a maior proteção possível não importando, a princípio, que esta provenha do âmbito federal, estadual ou municipal"*¹⁸⁵.

184 BARBUGIANI, L. H. S. (2008). A regulamentação de alimentos contendo organismos geneticamente modificados. Revista De Direito Sanitário, 9(1), 130-136. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i1p130-136> Acesso em: 17 mar. 2025.

185 BARBUGIANI, L. H. S. (2006). O direito sanitário no federalismo brasileiro: da legalidade da edição de normas sanitárias pelas diversas esferas de poder e a inexistência de conflito entre elas. Revista De Direito Sanitário, 7(1-3), 88-110. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v7i1-3p88-110> Acesso em: 17 mar. 2025.

O Direito como ciência em si já apresenta relevância social porque regula as relações sociais, prevenindo e dirimindo conflitos, por conseguinte, na situação específica do Direito Sanitário essa relevância ganha ares de superioridade na medida em que com suas normas, princípios e institutos próprios objetiva a promoção, a preservação e a prevenção da saúde dos seres humanos. Não há bem de maior valor em nossa humanidade do que a vida e, por esse motivo, o Direito Sanitário em todas as suas nuances deve ser cultuado e propagado pela doutrina e jurisprudência.

CONCLUSÃO

O Poder de Polícia Sanitário e o Direito Sanitário, ao longo das décadas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi ampliando sua zona de influência sendo evidente, na atualidade, que sua autonomia relativa, enquanto ramo jurídico da ciência Direito, não pode ser contestada, em especial com a atividade legisferante nessa temática dos três entes federativos (União, Estados e Municípios), das agência reguladoras e dos diversos contratos que regem as relações jurídicas sanitárias.

Ademais, a existência de cursos de especialização, como a pós-graduação *lato sensu* do CEPEDISA da Universidade de São Paulo, é um exemplo translúcido da autonomia desse ramo jurídico que apresenta normas, princípios e institutos próprios.

Por fim, a homenagem que a revista Gralha Azul do Tribunal de Justiça do Estado do

Paraná oferece ao desembargador Miguel Kfourir Neto é fruto do reconhecimento acadêmico que o eminente jurista alcançou nas pesquisas no âmbito do Direito Sanitário, asseverando o valor desse ramo jurídico e a importância de investigações direcionadas as relações jurídicas sanitárias.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARBUGIANI, L. H. S. (2004). O direito sanitário na modernidade — prenúncios da autonomia de um novo ramo jurídico. **Revista De Direito Sanitário**, 5(2), 22-41. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i2p22-41> Acesso em: 17 mar. 2025.

BARBUGIANI, L. H. S. (2006). O direito sanitário no federalismo brasileiro: da legalidade da edição de normas sanitárias pelas diversas esferas de poder e a inexistência de conflito entre elas. **Revista De Direito Sanitário**, 7(1-3), 88-110. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v7i1-3p88-110> Acesso em: 17 mar. 2025.

BARBUGIANI, L. H. S. (2008). A regulamentação de alimentos contendo organismos geneticamente modificados. **Revista De Direito Sanitário**, 9(1), 130-136. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i1p130-136> Acesso em: 17 mar. 2025.

BARBUGIANI, L. H. S. (2008). O poder de polícia sanitário e as normas regulamentares. **Revista De Direito Sanitário**, 9(3), 201-205. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p201-205> Acesso em: 17 mar. 2025.

BARBUGIANI, L. H. S. (2015). Os limites ao comércio de produtos farmacêuticos. **Revista De Direito Sanitário**, 15(2), 126-137. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v15i2p126-13.7> Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Código de Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172/compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 196.306/SP. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado, Brasília, 3 ago. 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 18 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 236.708/MG. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado, Brasília, 10 fev. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 18 mar. 2025.

KFOURI NETO, M. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1,

p. 01–21, 2019. DOI: 10.37963/iberc.v2i1.18. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/18>. Acesso em: 17 mar. 2025.

KFOURI NETO, M. e NOGAROLI, R. Procedimentos cirúrgicos assistidos pelo robô Da Vinci: benefícios, riscos e responsabilidade civil. (2020). **Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário**, 9(3), 200-209. <https://doi.org/10.17566/ciads.v9i3.615> Acesso em: 17 mar. 2025

NOGAROLI, R. A base sólida do direito médico construída após três décadas de lições do Prof. Miguel Kfourir Neto: uma resenha à 11ª edição da obra "Responsabilidade civil do médico". **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 147–151, 2021. DOI: 10.37963/iberc.v4i3.189. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/189>. Acesso em: 17 mar. 2025.