

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Francielle Benini Agne Tybusch; Janaína Machado Sturza; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-946-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Esta obra, que faz parte do Grupo de Trabalho de Artigos “Direito e Saúde”, é originada de mais um evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que congrega as temáticas e trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores da área do Direito das mais diversas localidades nacionais, e neste evento, de forma virtual. Os resumos são fruto do VII Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Inclusão e Transdisciplinaridade, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024.

Passa-se a uma breve apresentação dos trabalhos:

No artigo intitulado “JUDICIALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DOMICILIAR (HOME CARE) NA SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL” de autoria de Marcia Andrea Bühring e Fabio de Freitas Floriano busca-se examinar a jurisprudência pátria, a doutrina, os artigos sobre o tema home care e os dados obtidos pela Assessoria Jurídica (AJ) da SES/RS, realizando-se uma análise crítica sobre a mencionada situação.

Os autores José Adelar de Moraes, Tereza Rodrigues Vieira e Horácio Monteschio no artigo intitulado “TUTELA JURISDICIONAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS RARAS E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS ÓRFÃOS” visam destacar a eficácia da tutela jurisdicional no acesso aos medicamentos órfãos para pessoas portadoras de doenças raras.

No artigo intitulado “O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MARANHÃO” de autoria de Felipe Costa Camarão, Sérgio Felipe de Melo Silva e Taynah Soares de Souza Camarao tem como objetivo investigar se o processo estrutural é capaz aperfeiçoar a prestação jurisdicional na seara da judicialização da saúde pública.

Os autores Ruan Patrick Teixeira Da Costa e Sandro Nahmias Melo no trabalho intitulado “A BANALIDADE DO MAL E A PANDEMIA DA COVID-19 NA CIDADE DE MANAUS /AM” visam traçar um paralelo entre a banalidade do mal (conceito tratado por Hannah Arendt) existente na sociedade e os desdobramentos da pandemia do novo coronavírus

(covid-19), a qual atingiu praticamente todos os países do globo terrestre, resultando na morte de milhões de pessoas e um colapso nos sistemas de saúde, que não estavam preparados para um evento dessa magnitude.

No artigo intitulado “A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: OS DESAFIOS DA SAÚDE PÚBLICA” os autores Maria Eduarda Granel Copetti e José Francisco Dias Da Costa Lyra visam refletir sobre a concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado de Bem-Estar Social, a partir de uma observação da obra “Do mágico ao social”, de autoria de Moacyr Scliar.

As autoras Nair de Fátima Gomes e Tereza Rodrigues Vieira no trabalho intitulado “A TUTELA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E IGUALDADE PARA PESSOAS OBESAS OU COM SOBREPESO NO BRASIL” tem por objetivo analisar a falta de atenção, os desafios e o apoio aos indivíduos obesos ou com sobrepeso, segundo a perspectiva da dignidade humana como direito fundamental dessas pessoas estereotipadas e estigmatizadas pela sociedade em geral.

No artigo intitulado “DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DECOLONIAL DA INCLUSÃO DE CORPOS TRANSEXUAIS NAS POLÍTICAS DE SAÚDE” as autoras Janaína Machado Sturza, Cláudia Marília França Lima Marques e Gabrielle Scola Dutra tem como objetivo debater sobre o desenho das políticas públicas a partir do pensamento decolonial.

As autoras Maria Eduarda Granel Copetti e Charlise Paula Colet Gimenez no artigo intitulado “A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO PRINCÍPIO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE” visam explorar a exigibilidade do Direito à Saúde a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, em uma tentativa de elaborar ações voltadas ao exercício eficiente da cidadania, possibilitando à sociedade reduzir as desigualdades e garantir o bem-estar da população. Logo, o direito à saúde no Brasil, conforme destaca a Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, fundamentado no que preza o artigo 196 da Constituição e assegurado por meio de políticas econômicas e sociais que almejam à redução do risco de doença e ao acesso igualitário e universal aos serviços e ações para sua proteção e recuperação.

No artigo intitulado “A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 À LUZ DOS DESAFIOS HISTÓRICOS E DAS DISTORÇÕES

INFORMATIVAS” de autoria de Vera Lúcia Pontes explora os normativos da política de vacinação contra a Covid-19, com análise das distinções entre a pandemia Covid-19 e o evento Revolta da Vacina de 1904.

Os autores Marta Rodrigues Maffei, Wilson Salgado Jr e Vinicius de Paula Pimenta Salgado no trabalho intitulado “CIRURGIA BARIÁTRICA NÃO REGULAMENTADA PELO CFM: LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO” visam analisar as controvérsias jurídicas da responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico em procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

No trabalho intitulado “GORDOFOBIA E PESOCENTRISMO: OS PERCURSOS DA INVISIBILIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA OBESA” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa abordar a obesidade de forma eficaz requer uma compreensão abrangente de todos esses elementos e um enfoque multidisciplinar que envolva não apenas a medicina, mas também a nutrição, a psicologia, a política pública, direito, psicologia e outros campos.

Os autores o trabalho intitulado “GORDOFOBIA, ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E AS CARÊNCIAS LEGISLATIVAS SOBRE A OBESIDADE” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa analisar a gordofobia e a obesidade, assuntos abrangentes e desafiadores.

No trabalho “JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O EMBATE DOUTRINÁRIO ENTRE O EXCESSO DA INSTITUTO DA JUDICIALIZAÇÃO CONTRA A UTILIZAÇÃO DESTE PARA GARANTIA DA SAÚDE” de autoria de Ana Paula dos Santos Ferreira, Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro tem por objetivo investigar o fenômeno da Judicialização da Saúde, e para tal se utiliza do estudo de duas correntes, as quais posicionam-se de maneira favorável e contrária à Judicialização.

O autor Douglas Loroza Farias no artigo intitulado “NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À SAÚDE E ALTERIDADE INDÍGENA” procura propor a ampliação dos contornos do direito à saúde dos povos indígenas, de modo a abarcar as exigências de tratamento diferenciado impostas pela alteridade.

No artigo “O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA PARA DECIDIR” de autoria de Daniela Zilio tem como objetivo discorrer sobre o consentimento livre e esclarecido como objeto de exteriorização da autonomia do

paciente, coadunado ao direito à informação na relação médico-paciente, imprescindível na construção da autonomia para decidir.

Os autores Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz e Matheus Luiz Sbardeloto no trabalho intitulado “O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA: UMA ANÁLISE DO USO DO CANABIDIOL E DO TETRAHIDROCANABINOL A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA” tem por objeto a análise do uso dos compostos naturais canabidiol (CBD) e tetrahydrocannabinol (THC) para fins medicinais.

No artigo intitulado “OS IMPACTOS DA AUSTERIDADE NEOLIBERAL NA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE NO BRASIL” de autoria de Luanna da Costa Santos e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury tem como objetivo analisar os impactos da austeridade neoliberal instituída pela Emenda Constitucional 95/2016 na garantia do direito à saúde no Brasil.

Os autores Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos no trabalho intitulado “PATENTE DE INVENÇÃO NO SETOR FARMACEUTICO E O CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE RISCOS PARA O ACESSO A MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO NO BRASIL” tem como objetivo apresentar conceitos da patente de invenção no setor farmacêutico, o panorama histórico mundial e no Brasil sobre o acesso a medicamentos.

No artigo intitulado “PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DECISÕES AUTOMATIZADAS NA ÁREA DA SAÚDE: DESAFIOS EM RELAÇÃO À TELETRIAGEM MÉDICA” de autoria de José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Vanessa Schmidt Bortolini tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos da teletriagem, projetando adaptações legais e tecnológicas necessárias para fortalecer a prática médica remota e garantir a segurança e a privacidade dos pacientes.

Desejamos uma boa leitura!

Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM)

Janaína Machado Sturza (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI)

Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí/Universidade de Passo Fundo - UPF)

CIRURGIA BARIÁTRICA NÃO REGULAMENTADA PELO CFM: LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

THE CIVIL LIABILITY OF BARIATRIC SURGEONS IN PROCEDURES NOT REGULATED BY THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE: THE LIMITS OF THE JUDICIARY

Marta Rodrigues Maffei ¹

Wilson Salgado Jr ²

Vinicius de Paula Pimenta Salgado ³

Resumo

Objetivo: Analisar as controvérsias jurídicas da responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico em procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). **Método:** Análise de caso da ação civil pública no 0000784-36.2010.4.01.350 que relata a suposta ilegalidade de técnica cirúrgica experimental para tratamento de diabetes, e dos papéis do Poder Judiciário, da Plenária do CFM e da Câmara Técnica deste órgão em determinar a aprovação de novas operações. A análise envolveu estudo dedutivo e dialético de revisão bibliográfica. **Resultados:** Abordou-se a tensão entre a liberdade de atuação do médico e a vinculação aos procedimentos regulamentados pelo Conselho, a formação técnica do médico cirurgião bariátrico, os procedimentos cirúrgicos de tratamento de obesidade mórbida, a regulamentação normativa e o conceito de técnica experimental, elucidando os argumentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais para tanto. Procurou-se, ainda, avaliar o papel do Poder Judiciário em determinar a experimentalidade ou não de determinado procedimento cirúrgico e os limites da atuação deste Poder para dirimir os litígios referentes ao respectivo tema. **Conclusão:** Caberá ao Judiciário, ao analisar a conduta médica com base nas provas produzidas, dizer se deverá o profissional ser responsabilizado por eventuais danos provocados ao paciente. Poderá, ainda, estabelecer balizas e entendimentos, se caso for devidamente provocado para tanto, no sentido de indicar a experimentalidade ou não de uma técnica cirúrgica com base em laudo pericial exarado nos autos. Não obstante, a jurisdição estatal não atua como “legislador positivo”, razão pela qual a efetiva normatização da questão está a cargo do Conselho Federal de Medicina.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico, Técnica experimental, Regulamentação normativa, Conselho federal de medicina, Tutela jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

Analyze the legal controversies of the civil liability of bariatric surgeons in procedures not regulated by the Federal Council of Medicine (CFM). **Method:** Analysis of the case of the

¹ Livre docente

² Livre Docente

³ Graduado em Direito

public civil action 0000784-36.2010.4.01.350 that reports the alleged illegality of an experimental surgical technique for the treatment of diabetes and the roles of the Judiciary, the Plenary of the CFM and the Technical Chamber in determining the approval of new operations. Results: The tension between the physician's freedom of action and the link to the procedures regulated by the Council, the technical training of the bariatric surgeon, the surgical procedures for the treatment of morbid obesity, the normative regulation, and the concept of experimental technique were addressed. It also sought to evaluate the role of the Judiciary in determining the experimentality or not of a given surgical procedure and the limits of the action of this Branch to settle disputes related to the respective subject. Conclusion: When analyzing medical conduct based on the evidence produced, it will be up to the Judiciary to decide whether the professional should be held responsible for any damages caused to the patient. It may also establish guidelines and understandings, if duly provoked to do so, to indicate the experimentality or not of a surgical technique based on an expert report recorded in the records. However, the state jurisdiction does not act as a "positive legislator," which is why the effective regulation of the issue is the responsibility of the Federal Council of Medicine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability of bariatric surgeons, Experimental technique, Normative regulation, Federal council of medicine, Judicial protection

1 - INTRODUÇÃO

O artigo teve sua gênese a partir da análise acerca das controvérsias que gravitam em torno da responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico em procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), analisando, para tanto: a questão da realização de procedimentos cirúrgicos não regulamentados pelo CFM (experimentais) por parte dos profissionais médicos; a tensão entre a liberdade de atuação do médico e a vinculação aos procedimentos regulamentados pelo Conselho; a formação técnica do médico cirurgião bariátrico; os procedimentos cirúrgicos de tratamento de obesidade mórbida, a regulamentação normativa e o conceito de técnica experimental; os fundamentos da responsabilidade civil aplicados aos profissionais médicos; os limites da atuação do Poder Judiciário para dirimir os litígios referentes ao respectivo tema; e o caso concreto envolvendo a discussão sobre suposta ilegalidade de procedimento cirúrgico experimental para tratamento de diabetes pela via bariátrica, os fundamentos da ação civil pública nº 0000784-36.2010.4.01.3500.

A dispersão normativa existente no contexto da regulamentação dos procedimentos cirúrgicos bariátricos conduz à constante mutabilidade, haja vista a inexistência de lei específica sobre o tema e a constante atividade normativa desempenhada pelo Conselho Federal de Medicina. Diante desse cenário, surgem os questionamentos acerca do valor normativo e vinculativo das perícias elaboradas por órgãos fracionários do Conselho e o diálogo entre o Poder Judiciário e CFM.

Pelo prisma constitucional, o artigo buscará contemplar a tensão existente entre a liberdade de exercício profissional e a vinculação à normatividade existente, avaliando, nesse sentido, os impactos sobre os pacientes em geral. Para tanto, serão tecidas considerações sobre a responsabilidade civil do médico, em especial, os pressupostos de imputação de responsabilidade e a análise acerca da função do Poder Judiciário no tocante à temática, investigando-se as balizas da atividade jurisdicional e a teoria geral das provas.

Na esfera do direito médico infraconstitucional, o estudo pretende analisar as questões relativas à formação do médico cirurgião bariátrico, ao conceito de técnica experimental e à atuação do Conselho Federal de Medicina relativa às competências normativas e fiscalizadoras.

Por fim, o artigo almejará a resolução das controvérsias propostas a partir das metodologias dedutiva e dialética de revisão bibliográfica de livros, de artigos e de atos normativos. Assim, o artigo será edificado a partir de fontes teóricas primárias e secundárias

com o fito de propiciar o entendimento crítico e propositivo acerca do tema, inclusive com a reflexão acerca de um caso concreto.

2 – DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

2.1 - O profissional médico cirurgião bariátrico e a liberdade de exercício da profissão

A Lei nº 12.842/2013, cumulada à Resolução do CREMESP nº 2126/2015, positivou os regramentos gerais para o exercício da medicina, levando em conta a primazia do tratamento da saúde humana e da coletividade mediante a atuação técnica e zelosa do profissional. Os fundamentos enumerados pelo respectivo ato normativo gravitam em torno da (i) promoção, da proteção e da recuperação da saúde do paciente, (ii) da prevenção, do diagnóstico e do tratamento de doenças e (iii) da reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.

Apesar de que a “liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” é direito declarado no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, a liberdade do ser humano em desempenhar qualquer atividade laborativa deve ter seus limites estabelecidos com a finalidade de evitar que um profissional desqualificado acarrete danos à coletividade.

A formação médica no Brasil é completada após seis anos de curso, apesar de, na teoria, o recém-egresso poder exercer sua profissão na integralidade, dentre todas as especialidades atualmente existentes, hoje a formação ao longo destes anos não é considerada terminal. E no caso de o profissional atuar em áreas onde não tenha tido treinamento adequado e não seja oficialmente habilitado, incorreria em imperícia.

A formação de cirurgiões gerais no Brasil está normatizada pela Resolução SESU/CNRM Nº 48 de 2018 e determina que deva ocorrer ao longo de três anos. Posteriormente, o cirurgião geral pode prestar processo seletivo para admissão em Programa de Residência Médica em Cirurgia Digestiva, com duração de mais dois anos.

As normas que disciplinam a realização de cirurgia bariátrica em nosso país, determinam que:

- Resolução CFM Nº 2.131/2015 - a equipe da cirurgia bariátrica precisa ser capacitada para cuidar do paciente no pré-operatório, e deve, obrigatoriamente, ser composta por um “cirurgião com formação específica”.

- Portaria GM/MS nº 425/2013, no Anexo 1 – a equipe mínima para cirurgia bariátrica, dentre outros profissionais, deve conter um “médico especialista em cirurgia geral ou cirurgia do aparelho digestivo”.

No entanto, em vista da cirurgia bariátrica tratar-se de uma cirurgia complexa, geralmente em um paciente com diversas comorbidades, cada vez mais tem sido exigido por Planos de Saúde e pelas Sociedades Médicas, que o Cirurgião Bariátrico possua formação específica.

É desejável que o cirurgião tenha certificados oficiais atestando sua competência, além de estar em ordem com o Conselho Regional de Medicina, com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica e Metabólica, com o Colégio Brasileiro de Cirurgiões ou com o Colégio Brasileiro de Cirurgia Digestiva. Só assim será possível concluir que o profissional realmente possui os requisitos básicos para realização do procedimento cirúrgico.

Corroborando para este fato, o Conselho Federal de Medicina, a partir de 2015, passou a considerar a Cirurgia Bariátrica como Área de Atuação. Naquele ano foi celebrado Convênio entre o CFM, a Associação Médica Brasileira (AMB) e o Conselho Nacional de Residência Médica, por meio de sua Comissão Mista de Especialidades.

Conforme a Resolução CFM nº 2.116/2015 a especialidade de Cirurgia Bariátrica passa a ser vinculada à área de Cirurgia do Aparelho Digestivo e Cirurgia Geral.

O médico, para obter o Certificado de Área de Atuação em Cirurgia Bariátrica pela AMB deve:

- Ser portador do Título de Especialista em Cirurgia Geral (CBC) ou do Aparelho Digestivo (CBCD) expedido pela AMB ou de Certificado de Residência Médica com duração mínima de 3 (três) anos em Cirurgia Geral ou do Aparelho Digestivo expedido pelo CNRM/MEC;
- Comprovar a realização de 45 cirurgias bariátricas como cirurgião principal no período dos últimos 3 anos;
- Estar associado a pelo menos um dos pré-requisitos abaixo:
- Conclusão do programa de Residência Médica com duração mínima de 2 (dois) anos em Cirurgia Bariátrica reconhecida pela CNRM/MEC, ou;
- Conclusão de Treinamento na área de Cirurgia Bariátrica em Serviços de Residência Médica em Cirurgia Geral ou do Aparelho Digestivo credenciados pela CNRM/MEC, ou;

- Comprovação de atuação na área de Cirurgia Bariátrica pelo período mínimo de 4 (quatro) anos assinada pelo Diretor Técnico da Instituição.

Conforme se observa, as normas que disciplinam a formação do cirurgião bariátrico são bastante exigentes, sendo necessários cerca de 11 a 12 anos de contínuo estudo e preparação, considerando os anos dedicados à graduação e posterior especialização.

Não se trata de exagero por parte dos órgãos que supervisionam essa formação, pois a cirurgia bariátrica, embora tenha aumentado muito sua segurança nos últimos anos, é uma cirurgia complexa, indicada principalmente para pacientes com obesidade grave e em regra portadores de comorbidades, de modo que se espera do cirurgião uma preparação técnica adequada para lidar com as intercorrências do ato cirúrgico, considerando, inclusive, seu pré e pós-operatório.

2.2 - Os procedimentos cirúrgicos de tratamento de obesidade mórbida, a regulamentação normativa e a experimentalidade: atuação do Conselho Federal de Medicina

O artigo 7º da Lei nº 12.842/2013 prescreve que é competência do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental dos procedimentos médicos, autorizando ou vedando a sua prática. O CFM, de acordo com a Lei nº 3.268/1957 e com o Decreto nº 7.955/1945, é pessoa jurídica de direito público, na forma de autarquia, dotada de autonomia e competência para fiscalizar, normatizar, disciplinar, julgar e sancionar questões relativas à classe médica. Diante desse cenário, a experimentalidade do procedimento médico, por ser um conceito técnico da medicina, tem seus contornos delineados pelo Conselho, o qual possui a atribuição legal e constitucional para classificar os procedimentos conforme a regulamentação normativa aplicável à espécie.

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.131 de 12 de novembro de 2015, são reconhecidos os seguintes procedimentos bariátricos: balão intragástrico endoscópico, banda gástrica ajustável, gastrectomia vertical, derivação gástrica em “Y de Roux”, derivação bilio-pancreática (cirurgia de Scopinaro ou cirurgia de “switch” duodenal).

Segundo a mesma Resolução, quaisquer outras cirurgias são consideradas experimentais, e devem ser realizadas sob protocolo de pesquisa e com a supervisão de Comissões de Ética em Pesquisa (CEP) e/ou Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Essas operações devem seguir as regulamentações de pesquisas em seres humanos, e por fim serem aprovadas na Câmara Técnica de Novos Procedimentos e Indicações do

CFM, nos termos da Resolução 466/12 do CNS, da Resolução 1.499/98 e da Resolução 1.982/2012 do Conselho Federal de Medicina. Portanto, outras cirurgias não poderiam ser indicadas fora de protocolo de pesquisa. Não cabe ao CFM autorizar ou regular pesquisas.

O CEP é responsável pela avaliação e acompanhamento dos aspectos éticos de todas as pesquisas envolvendo seres humanos. Este papel está bem estabelecido nas diversas diretrizes éticas internacionais e brasileiras, diretrizes estas que ressaltam a necessidade de revisão ética e científica das pesquisas envolvendo seres humanos, visando a salvaguardar a dignidade, os direitos, a segurança e o bem-estar do sujeito da pesquisa.

Por mais que uma técnica desenvolvida e praticada no exterior se mostre eficaz, no Brasil ela não pode ser exercida antes da aprovação por esses órgãos, sob pena dos procedimentos médicos serem executados de forma aleatória, sem passar por critérios de segurança e eficácia e, por que não dizer, transformar o país num grande laboratório científico.

Outra informação importante é que nenhum procedimento realizado em função exclusivamente de pesquisa, pode ser cobrado do paciente ou do agente pagador de sua assistência, devendo o patrocinador da pesquisa cobrir tais despesas, de acordo com a Resolução CNS 196/96-VI.2.j.

Fica o questionamento de que, em caso de uma cirurgia já vir sendo realizada com outra determinada finalidade, ao passar a ser utilizada para outro objetivo, se seria considerada experimental, e desta forma, sendo necessária aprovação pelos órgãos competentes. No caso em questão, deve-se constar que a interposição ileal já é utilizada como procedimento cirúrgico de substituição de órgãos.

2.3 - Considerações sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico

A natureza jurídica do contrato médico é especial, haja vista a ausência de positivação de um regime jurídico próprio no âmbito do Código Civil, diferentemente da disciplina específica contida nos §§630 a até 630 h do BGB (Maffeis, 2016b, p. 107). Nesse sentido, a responsabilidade civil contratual¹, aplicável ao médico cirurgião bariátrico, rege-se de forma subsidiária pela sistemática do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor², os quais positivaram a subjetividade como elemento imprescindível para a

¹ Delineada no REsp 1.097.955/MG.

² Entendimento firmado no REsp 731.078/SP que versa sobre o diálogo sistemático entre as fontes (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) para a materialização da responsabilidade civil do médico, devendo prevalecer as normas do CDC em caso de antinomia com o CC em razão da especialidade, vide a conclusão do acórdão: “O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos

caracterização do dever de reparar o dano ocorrido³. Isto é, incumbe ao paciente prejudicado comprovar o dolo ou a culpa (negligência, imperícia ou imprudência)⁴ do médico para a materialização da responsabilidade civil no caso concreto, nos termos do artigo 14, § 4º do CDC, ressalvando-se a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do art. §6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor e art. 357, inciso III combinado com art. 373, §1º, ambos do Código de Processo Civil.

Isso ocorre em virtude da ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um diploma específico para disciplinar o contrato médico, delineando questões como os deveres de esclarecimento, de informação, de prestação do consentimento e, até mesmo, da tutela aos pacientes menores. Dessa forma, o intérprete do direito deve empregar, de forma sistemática e subsidiária, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica para resolver os problemas de responsabilidade civil contratual. Portanto, a jurisprudência, a doutrina e o método do direito comparado são ferramentas importantes para dirimir os litígios concretos nessa temática.

Os artigos 593 e seguintes do Código Civil tratam do contrato de prestação de serviços, mas são inadequados para disciplinar a relação jurídica entre médico e paciente em virtude do caráter especial (paciente é, concomitantemente, parte e objeto do liame obrigacional). Ademais, pelo princípio da liberdade das formas, o contrato poderá ser escrito ou verbal, bastando o consentimento para o aperfeiçoamento do vínculo (Maffeis, 2016a, p. 114).

Relevante é a distinção entre obrigações de meio e de resultado para análise acerca da tipologia de responsabilidade civil a reger o caso concreto. A origem dos conceitos remonta aos estudos de Demogue em face do direito romano, razão pela qual sofreu algumas modificações em virtude da evolução doutrinária a respeito. As obrigações de meio são aquelas nas quais o devedor utiliza toda a sua *expertise* e os meios adequados para atingir determinado resultado esperado pelo credor, todavia, a efetiva obtenção do resultado não integra o feixe de deveres imputados ao prestador do serviço. Por outro lado, as obrigações de resultado contemplam a necessidade de obtenção do resultado pretendido e acordado entre as

serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil”.

³ Entendimento do STJ: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/29072021-Mantida-condenacao-de-medico-que-negligenciou-preenchimento-de-prontuario-de-gestante.aspx>.

⁴ Consoante Maffeis, 2016b, p. 92, a negligência é “critério genérico de responsabilidade utilizado para analisar atividades que não possuem um caráter técnico”. Nesse sentido, como a cirurgia bariátrica é procedimento estritamente técnico e pautado por diversos critérios científicos, será analisado, no presente artigo, o elemento da culpa-imperícia, pois trata especificamente sobre a utilização de técnicas regulamentadas ou não pelo Conselho Federal de Medicina, e as implicações correspondentes.

partes, haja vista que a formação da vontade no bojo do liame obrigacional pressupõe o êxito da prestação do serviço (Maffeis, 2016b, p. 117-118).

Especificamente sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico, a obrigação é de meio e de cunho subjetivo, pois o artigo 14, § 4º do CDC prevê a necessidade de comprovação do elemento anímico da conduta do médico (dolo ou culpa *lato sensu*) para a materialização da responsabilidade civil. Ademais, o médico bariátrico está vinculado somente à utilização de todos os meios e técnicas regulamentados pelo CFM, bem como seu conhecimento profissional, para atingir o resultado que tutela a saúde e a integridade física do paciente, todavia, não está vinculado a um determinado resultado esperado pela contraparte.

Assim, a execução da cirurgia bariátrica deve ser pautada pelos elementos do agir com diligência⁵ e da atuação com perícia, isto é, utilizando as técnicas conhecidas e regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina (para a cirurgia bariátrica são: balão intragástrico endoscópico, banda gástrica ajustável, gastrectomia vertical, derivação gástrica em “Y de Roux”, derivação bilio-pancreática). Em outros termos, a execução da principal obrigação do médico pressupõe a observância da atenção, do zelo e da devida diligência para com o paciente, caso contrário poderá ser responsabilizado por *culpa* (Maffeis, 2016b, p. 85).

A imperícia médica pressupõe a quebra de um dever de cuidado no momento de utilização da técnica correta e regulamentada para uso no caso concreto, podendo existir três tipos de imperícia que comprovam a culpa do profissional, para fins de responsabilização pelos danos causados ao paciente, a saber: (i) execução ruim da técnica existente e regulamentada, (ii) aplicação errônea da técnica ou (iii) aplicação de uma técnica experimental não regulamentada.

Por outro prisma, Miguel Kfoury Neto (2019, p. 395-398) assevera que a responsabilidade deve ser tratada de forma mais ampla a fim de propiciar maior tutela ao

⁵ De acordo com a Portaria nº 424/GM/MS, de 19 de março de 2013, DOU nº 123, de 28 de junho de 2013, seção 1, páginas 55-56, estes são os requisitos prévios para poder submeter o paciente à cirurgia bariátrica: (i) indivíduos que apresentem IMC superior à 50 Kg/m²; (ii) indivíduos que apresentem IMC 40 Kg/m², com ou sem comorbidades, sem sucesso no tratamento clínico longitudinal realizado, na Atenção Básica e/ou na Atenção Ambulatorial Especializada, por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos; (iii) indivíduos com IMC > 35 kg/m² e com comorbidades, tais como pessoas com alto risco cardiovascular, diabetes mellitus e/ou hipertensão arterial sistêmica de difícil controle, apneia do sono, doenças articulares degenerativas, sem sucesso no tratamento clínico longitudinal realizado por no mínimo dois anos e que tenham seguido protocolos clínicos. A Resolução do CFM nº 2.131/2015, publicada no DOU em 13 de janeiro de 2016, seção I, p. 66 ampliou o rol de doenças que autorizam a realização do procedimento bariátrico quando o IMC for maior que 35 kg/m². Por outro lado, para indicação dos pacientes para cirurgia metabólica, estes são os requisitos, conforme a Resolução do CFM nº 2.172/2017: (i) pacientes com IMC entre 30 kg/m² e 34,9 kg/m²; (ii) idade mínima de 30 anos e máxima de 70 anos; (iii) pacientes com diabetes mellitus tipo 2 (DM2) com menos de 10 anos de história da doença; (iv) refratariedade ao tratamento clínico, caracterizada quando o paciente não obtiver controle metabólico após acompanhamento regular com endocrinologista por no mínimo dois anos, abrangendo mudanças no estilo de vida, com dieta e exercícios físicos, além do tratamento clínico com antidiabéticos orais e/ou injetáveis; e (v) pacientes que não tenham contraindicações para o procedimento cirúrgico proposto.

paciente vulnerável, em comparação com o médico, haja vista a necessidade de flexibilização do rigor probatório em prol da facilitação de acesso à jurisdição estatal a fim de almejar o provimento satisfativo. Portanto, apesar do caráter subjetivo da responsabilidade do médico, são aplicáveis as disposições subsidiárias do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a obrigação do cirurgião bariátrico é de meio, pois inexistente finalidade exclusivamente estética.

No caso vertente, a utilização de procedimentos cirúrgicos experimentais sem a devida regulamentação do Conselho Federal de Medicina majora, indevidamente, os riscos aos quais os pacientes estão expostos, razão pela qual quando houver a comprovação superveniente da ocorrência de danos e de prejuízos aos pacientes submetidos à técnica experimental, o paciente poderá acionar o Poder Judiciário para exigir indenização pelos atos ilícitos cometidos. Nesse sentido, a não utilização das técnicas cientificamente aprovadas conduz à imperícia, logo, fica demonstrado o elemento anímico da conduta para fins de materialização da responsabilidade civil.

Em outras palavras, o profissional que se lançar em técnicas, ainda que consideradas por ele mais sofisticadas, mas sem respaldo do Conselho Federal de Medicina, estará incorrendo em culpa, seja por negligência, ao não tomar o cuidado devido e executar intervenção médica com técnica não reconhecida, seja por imperícia, ao executar erroneamente essa técnica. Ainda que tenha obtido o consentimento esclarecido do paciente, se causar dano a ele, estará sujeito à reponsabilidade civil e até penal, se sua conduta puder ser tipificada como alguma daquelas previstas nas normas criminais. Ademais, ainda que nenhum dano venha a causar, poderá o profissional incorrer em responsabilidade administrativa, a ser realizada mediante rito regulamentado pelo CFM e pelo Código de Processo Ético-profissional, prescinde da comprovação *in concreto* do dano efetivamente causado, bastando, *de per se*, a conduta comissiva ou omissiva do profissional que infringe norma jurídica afeta à medicina. As sanções a serem aplicadas, após o devido contraditório e ampla defesa, são graduadas conforme a gravidade da atuação antijurídica, podendo variar entre simples advertência até a pena de exclusão.

2.4 - A discussão judicial acerca do reconhecimento de suposta ilegalidade na utilização de procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina para tratamento de obesidade mórbida e diabetes

A ação civil pública n. 0000784-36.2010.4.01.3500, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em desfavor de médico cirurgião, almejou o reconhecimento da ilegalidade do

procedimento experimental para tratamento de diabetes via cirurgia bariátrica, condenando-o à obrigação de não fazer consistente em se abster de empregar a técnica de interposição ileal para cura de diabetes, sob pena de multa. Requereu o autor, ainda, que o Conselho Federal de Medicina fiscalizasse e apurasse, administrativamente, eventuais ilícitos cometidos pelo profissional.

Em sede de decisão interlocutória, o magistrado *a quo* deferiu a liminar pleiteada para obrigar o médico a se abster da técnica, sob pena de multa. Inconformado com o provimento provisório, o médico interpôs agravo de instrumento. Em sede recursal, o acórdão exarado não deu provimento ao recurso do médico e aduziu que a cirurgia é considerada experimental e não reconhecida como legítima pela Comissão Nacional de Ética e Pesquisa. Assim, foi determinado que se o médico pretendesse realizar a técnica, precisaria ter a aprovação pelo CONEP e pelo Conselho Federal de Medicina.

Posteriormente, no âmbito da instrução probatória, foi designada perícia técnica. O laudo técnico foi elaborado por membros do órgão fracionário do Conselho Federal de Medicina denominado Câmara Técnica sobre Cirurgia Bariátrica e Síndrome Metabólica do CFM e aduziu que a técnica da interposição ileal é segura e eficaz para curar diabetes tipo 2, razão pela qual o procedimento seria não experimental por contemplar diversas técnicas misturadas e já regulamentadas pelo CFM.

A sentença acolheu o laudo pericial e julgou improcedentes os pedidos do MPF, declarando, expressamente, a não experimentalidade do procedimento em epígrafe e aduzindo o dever do Conselho Federal de Medicina regulamentar a técnica cirúrgica, revendo seu anterior posicionamento fundado no Parecer 18/2009.

Irresignado, o Conselho Federal de Medicina manejou recurso de apelação alegando, em síntese, as seguintes questões: (i) que é competência do Conselho e não do Judiciário definir o caráter experimental da cirurgia, nos termos do artigo 7, da Lei 12.842/2013, (ii) a impossibilidade de condenação do CFM à regulamentação normativa da matéria, a (iii) existência do Parecer 18/2009 concluindo que a referida técnica é experimental, razão pela qual o laudo pericial não vincularia o órgão pleno (“palavra final”).

O acórdão proferido em segundo grau negou provimento ao recurso, acolhendo o laudo pericial e referendando a sua legitimidade/autoridade (não verificação de indícios de suspeição). A declaração de não experimentalidade do procedimento pelo Judiciário seria uma decorrência lógica do dever jurisdicional e da concessão da tutela no caso em vertente. Nesse sentido, os desembargadores referendaram o dever de o CFM regulamentar, pela via normativa, os procedimentos cirúrgicos oferecidos, dentre eles a interposição ileal para curar

diabetes tipo 2. A obrigação de regulamentação do CFM é decorrente da lei e não do provimento jurisdicional. Portanto, em virtude do laudo pericial elaborado nos autos exarado pela Câmara Técnica do supramencionado órgão, o CFM deveria rever o posicionamento anterior que dizia ser experimental a cirurgia (Parecer 18/2009).

Diante do caso concreto elucidado, alguns questionamentos podem ser formulados, a saber: (i) O laudo técnico da Câmara exarado nos autos vincula o pleno do CFM? Ou seja, deverá o CFM rever posicionamento anterior previsto em norma geral e abstrata em virtude de prova pericial superveniente? (ii) A perícia do órgão fracionário pode ir contra o pleno e fazer com que este deva regulamentar normativamente a cirurgia? Em síntese, o órgão fracionário (câmara técnica) ao elaborar laudo pericial em casos concretos pode ir contra normas abstratas editadas anteriormente pelo conselho Pleno? O valor probatório de tal Câmara vincula o Pleno a mudar um entendimento já consolidado?

O órgão fracionário do Conselho teve sua gênese a fim de propiciar maior acurácia analítica em relação aos procedimentos bariátricos a serem fiscalizados e regulamentados pelo órgão pleno, razão pela qual é instituição consultiva com elevado potencial persuasivo.

A elaboração dos laudos periciais pela Câmara Técnica emprega os dados da realidade empírica, investigados em um dado momento temporal, para dirimir controvérsias concretas submetidas a sua apreciação, como na hipótese da perícia judicial.

Não obstante tal prerrogativa, acreditamos que a essência dos pareceres técnicos da Câmara é consultiva, não sendo vinculante em relação aos posicionamentos pretéritos e supervenientes adotados pelo CFM, haja vista que incumbe ao órgão pleno a competência legal para normatizar, em abstrato, os contornos técnicos dos procedimentos cirúrgicos, deliberando acerca da experimentalidade. A lei e a Constituição atribuem autonomia administrativa e financeira à autarquia criada com a finalidade de regulamentar o exercício da Medicina no Brasil, sendo que a estrutura burocrática *interna corporis* do órgão auxilia na persecução desta finalidade, sendo a Câmara Técnica, portanto, submetida ao crivo do órgão pleno.

Por fim, a Câmara Técnica deverá observar as especificidades do caso concreto e as normas editadas pelo CFM para elaborar o laudo que melhor auxiliará o julgador a solucionar o litígio, do ponto de vista técnico. O respectivo órgão fracionário possui certa autonomia para efetivar a perícia, todavia possui o dever de fundamentação racional para lastrear o documento elaborado com o crivo da tecnicidade e da legalidade. Assim, acreditamos que a perícia realizada pela Câmara é uma prova que deverá ser analisada sob o prisma da sistematicidade com os demais elementos instrutórios à disposição do julgador, não havendo

que se falar em vinculação imediata à mudança de um entendimento consolidado pelo CFM acerca do procedimento bariátrico. Em outros termos, a perícia não é fonte criadora e modificadora do direito, mas sim enunciado persuasivo orientado para lastrear eventual mudança de paradigma técnico no seio do órgão pleno e para a formação do convencimento judicial.

2.5 - Os limites da atividade jurisdicional no tocante aos procedimentos cirúrgicos experimentais

Ao se deparar com uma lide na qual se discute indenização por danos derivados da atuação médica, o Poder Judiciário se debruça, primeiramente, sobre o tipo de obrigação contraída pelo profissional, ou seja, se ela se caracteriza como uma obrigação de meio ou de resultado. Em concluindo pela primeira, passa justamente a analisar a atuação médica, para verificar se o profissional agiu dentro do padrão de conduta esperado. No caso do presente estudo, essa análise ocorrerá em relação ao padrão de conduta esperado de um médico cirurgião bariátrico.

O *standard* de conduta profissional tem como referência o estágio da ciência no momento da realização da intervenção, o que impõe ao médico que se mantenha continuamente atualizado com novas técnicas. Trata-se de um conceito dinâmico, variável no tempo e no espaço, conforme as técnicas vão se alterando. A análise do juiz deve levar em conta as técnicas aceitas pela comunidade científica e disponíveis à época da realização da cirurgia (Laufs; Uhlebruck, 2002, p. 346-349).

Partindo dessas premissas, e considerando a necessidade de análise da técnica empregada pelo profissional médico, o juiz não tem elementos de realizar essa análise, a não ser apoiando-se em provas periciais. De fato, não cabe ao Direito dizer o que seja possível ou adequado do ponto de vista médico. A Medicina deve vir em socorro para apresentar quais são os critérios da ciência médica numa determinada intervenção (Maffeis, 2020, p. 86-88).

Nesse sentido, a prova mais adequada para demonstrar que a conduta médica é ou não adequada, é a realização de perícia, com apresentação do respectivo laudo técnico e, se necessário, tomada de depoimento do perito em audiência, nos termos do §3º do art. 477 do Código de Processo Civil.

É verdade que o juiz não está vinculado a esse tipo de prova, mas para dar uma decisão contrária a um laudo técnico, teria que estar embasado em outras provas tão seguras quanto, já que se trata de questão específica de uma especialidade profissional.

A prova pericial precisa ser realizada com todo o cuidado necessário e por especialistas daquela área de competência médica. Os peritos devem cumprir o cargo de forma escrupulosa, agido de forma idônea, pois gozam de confiança depositada pelo Poder Judiciário e não precisam sequer firmar termo de compromisso, nos termos dos artigos 465 e 466 do Código de Processo Civil. Devem eles analisar a intervenção médica discutida na lide à luz das regras científicas vigentes à época de sua execução. Importante pontuar que não importam as regras técnicas aceitas no momento da realização da prova pericial, mas sim, aquelas do tempo pretérito.

A decisão proferida em um determinado processo judicial, produzirá efeitos entre as partes e seu trânsito em julgado não impede a discussão em sede de outros processos entre outras partes. Daí o ordenamento jurídico brasileiro ter previsto, para alguns tipos de ação, como a ação civil pública, que ao ser julgada, conforme art. 16 da Lei nº 7.347/1985, produz efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator. Não obstante, a parte final do dispositivo, a qual versava sobre a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada coletiva aos limites geográficos do órgão prolator, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário nº 1.101.937 (Tema de Repercussão Geral nº 1075).

O relator do caso afastou o argumento de violação à cláusula de reserva de plenário, pois o STJ se pronunciou acerca do controle de constitucionalidade por meio de sua Corte Especial. Ademais, ressaltou que o advento da Carta Política culminou na positivação de diversos direitos e interesses transindividuais e mecanismos de tutela processual dos direitos humanos de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade). Nesse sentido, a redação original do artigo 16 da Lei 7.345/1985 baseou-se no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) se coaduna mais com a sistematicidade constitucionais, pois não estabeleceu limitação territorial para a eficácia da coisa julgada coletiva.

Por outro lado, é indevida, na visão do relator e dos demais ministros, a nova edição do dispositivo, a qual limitou os efeitos subjetivos da coisa julgada aos limites geográficos do órgão prolator. Isso ocorre, pois haveria afronta à isonomia (todas os beneficiários devem ser contemplados pelo provimento jurisdicional, independentemente da localização de seu domicílio), à constitucionalização de direitos e à eficiência (aumento da litigância judicial por parte dos beneficiários não residentes ao entorno do órgão prolator). Portanto, os ministros declararam a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 e, conseqüentemente, restauraram a vigência do antigo dispositivo.

No bojo das ADIs nº 3.406/RJ e 3.470/RJ, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, acolhendo a tese da abstrativização do controle incidental/difuso de constitucionalidade ao reconhecer a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, referendou a possibilidade de o controle concreto possuir eficácia vinculante e *erga omnes* quando proferido pela própria Suprema Corte.

Portanto, o Recurso Extraordinário n. 1.101.937, por ter sido julgado pela sistemática do rito da repercussão geral, emprestou ao controle difuso/concreto de constitucionalidade do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 os efeitos vinculante e *erga omnes* típicos do controle concentrado (inclusive com efeitos *ex tunc* até a data de edição da norma impugnada, isto é, até 1997, pois não houve modulação de efeitos no acórdão).

Diante desse cenário, a ação civil pública ora discutida, proposta pelo MPF, foi julgada improcedente pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Nesse sentido, os efeitos da coisa julgada coletiva não estão restritos à competência territorial do órgão prolator em virtude da declaração de inconstitucionalidade com efeitos vinculante, *erga omnes* e *ex tunc* até 1997.

Por fim, como bem apontado no v. acórdão, tal decisão não tem o condão de vincular o Conselho Federal de Medicina, mas apenas assinalar que cabe a este órgão analisar se o procedimento deve ou não ser incorporado, observando-se que essa obrigação decorre da lei e não do julgamento.

3 - CONCLUSÕES

A capacitação do médico para tornar-se um cirurgião bariátrico segue regulamentação própria, que por sinal é bem exigente, uma vez que tal especialista irá lidar com um paciente portador de obesidade grave e, muitas vezes, com doenças associadas. Além do fato de que a operação, em si, demanda extensivo treinamento, por ser um procedimento de complexidade elevada, e com possíveis complicações.

No tocante à tensão existente entre a liberdade de exercício profissional e a vinculação à normatividade existente, relevante salientar que a atuação médica está adstrita aos limites impostos pela legislação brasileira e pelos atos normativos expedidos pelos órgãos competentes. Nesse sentido, o profissional da saúde está autorizado a tomar as condutas capazes de resguardar a integridade e o bem-estar dos pacientes conforme sua formação técnica, mas sempre em observância aos preceitos normativos.

É de se esperar, portanto, que esse especialista atue conforme o *standard* de conduta profissional que lhe é próprio, observando as técnicas aceitas pela comunidade científica no

momento de sua execução. Caso contrário, poderá incorrer em responsabilidade civil, se agir de forma negligente, imprudente ou imperita.

Como visto, os pareceres técnicos da Câmara Técnica possuem natureza consultiva, não sendo vinculante em relação aos posicionamentos pretéritos e supervenientes adotados pelo CFM, haja vista que incumbe ao órgão pleno a competência legal para normatizar, em abstrato, os contornos técnicos dos procedimentos cirúrgicos, deliberando acerca da experimentalidade. A lei e a Constituição atribuem autonomia administrativa e financeira à autarquia criada com a finalidade de regulamentar o exercício da Medicina no Brasil, sendo que a estrutura burocrática *interna corporis* do órgão auxilia na persecução desta finalidade, sendo a Câmara Técnica, portanto, submetida ao crivo do órgão pleno.

O Poder Judiciário poderá estabelecer balizas e entendimentos, se caso for devidamente provocado para tanto, no sentido de indicar a experimentalidade ou não de uma técnica cirúrgica com base em laudo pericial exarado nos autos. Não obstante, a jurisdição estatal não atua como “legislador positivo”, razão pela qual a efetiva normatização da questão está a cargo do Conselho Federal de Medicina, o qual possui a competência para regulamentar positivamente a atuação profissional dos médicos. Assim, o Judiciário somente poderá obrigar o Conselho a regular a matéria caso o requerente escolher a ação, o procedimento e o pedido adequados para tanto, sob pena de infringência ao princípio da inércia jurisdicional e da separação de poderes.

Como o provimento jurisdicional não está abarcado pelas hipóteses do artigo 927 do Código de Processo Civil, entendemos que a tutela concedida no processo em epígrafe não é dotada de efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e em face da Administração Pública. Apesar da coisa julgada, no bojo da ação civil pública, ser dotada de efeitos *erga omnes*, não vincula o CFM, pois este não é o real beneficiário da tutela coletiva (não possui interesse em deflagrar eventual cumprimento de sentença).

Por fim, caberá ao Judiciário, ao analisar a conduta médica com base nas provas produzidas, dizer se deverá o profissional ser responsabilizado por eventuais danos provocados ao paciente, caso fique demonstrado que agiu de forma culposa, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia), ao se desviar do padrão de conduta esperado e balizado pelo Conselho Federal de Medicina.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE NERY, Rosa Maria de; e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil**. 3ª ed, vol. 2, São Paulo: RT, 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública n. 0000784-36.2010.4.01.3500. 8ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Goiás. 12 de janeiro de 2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.097.955/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Brasília, 27 de setembro de 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.078/SP, Relator Ministro Castro Filho, 3ª Turma. Brasília, 13 de dezembro de 2005.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ. Relatora Ministra Rosa Weber, Pleno. Brasília, 29 de novembro de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes, Pleno. Brasília, 19 de abril de 2005.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Pleno. Brasília, 08 de abril de 2021.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2019.
- LAUFS, Adolf – UHLENBRUCK, Wilhem. **Die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient**, in A. LAUFS – W. UHLENBRUCK (org.), Handbuch des Arztrechts, 3ª ed. Munique: CH Beck, 2002.
- MAFFEIS, Marta R. **Cirurgia Estética em Menores: capacidade de consentimento**. Tese de Livre Docência apresentada ao concurso de livre docência junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da FDRP. Ribeirão Preto, 2016a.
- _____. **Contribuição ao Estudo da Responsabilidade Civil do Médico à Luz do Direito Romano**. São Paulo: Quartier Latin, 2016b.
- _____. **Bioética e Direito: uma interdisciplinariedade importante e necessária**, in C. COHEN – R. AYER DE OLIVEIRA. Bioética, Direito e Medicina. Manole, 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 108.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.