

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 42 - 2024
Publicação Semestral
Edição Gratuita

Centro de
Direito **Biomédico**

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UIDB/04643/2020)

Research area “Vulnerability and Law” / University of Coimbra Institute for Legal Research, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UIDB/04643/2020)



FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

João Carlos Loureiro (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

André Dias Pereira

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Carla Barbosa

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

Propriedade da Revista (Morada da Redação)

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

3004-528 Coimbra

Telef. / Fax: 239 821 043

cdb@fd.uc.pt

www.centrodedireitobiomedico.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | 3004-528 Coimbra

Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 21 - n.º 42 - julho/dezembro 2024

Publicação Semestral

Execução gráfica

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

N.º de Registo ERC 127770

O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

ÍNDICE

	pág.		pág.
DOCTRINA			
Nelson Rosenvald		Brenno Henrique Nascimento	
<i>Função Preventiva da Responsabilidade Civil</i>		Giovana dos Santos Gonçalves	
<i>no Anteprojeto de Reforma do Código Civil</i>	7	<i>Cognify e Medicina Alternativa Invasiva:</i>	
		<i>Uma Análise das Interseções com a Inteligência Artificial</i>	
Francisca Ramón Fernández		<i>no Contexto da Reabilitação Penal</i>	93
<i>Diagnóstico Médico por Robots y Responsabilidad Civil</i> .	17		
		André Fagundes	
Vânia Simões		<i>Liberdade Religiosa e Controlo de</i>	
<i>Violência obstétrica, direitos das mulheres</i>		<i>Substâncias Psicotrópicas: O Uso Religioso do</i>	
<i>e tutela jurídica</i>	35	<i>chá Hoasca no caso Gonzales v. União do Vegetal</i>	
		<i>na Suprema Corte dos EUA</i>	105
Pilar María Estellés Peralta			5
<i>La Protección del Testador Vulnerable:</i>		Luiza Fernandes Oliveira Couto	
<i>Limitaciones a la Capacidad de Testar de las</i>		Icaro Menezes Gago Diniz Couto	
<i>Personas Mayores?</i>	65	<i>A (In)Segurança Jurídica no Direito ao Arrependimento</i>	
		<i>da Gestante na Gestação de Substituição em Portugal..</i>	121
Clara Gustin			
<i>Deve o Brasil Manter o Atual Entendimento sobre o</i>		Ingrid Vitória Secco Dameão	
<i>Direito à Confidencialidade dos Doadores de Gametas?</i>	83	Tuane Virginia Tonon	
		<i>Análise Franco-Brasileira da Responsabilidade</i>	
		<i>do Cirurgião Plástico</i>	131

FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Nelson Rosenvald

Advogado e Parecerista. Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do IDP/DF

Resumo: *O artigo trata da função preventiva da responsabilidade civil no Anteprojeto de Reforma do Código Civil Brasileiro. O texto consolida avanços jurisprudenciais e doutrinários e recentes contribuições legislativas advindas de ordenamentos da mesma tradição. Atualmente, a responsabilidade civil se encontra em um estágio distante da época em que foi elaborado o Código Civil de 2002 – projetado no início dos anos 70 – reiterando as regras de responsabilidade civil do Código Civil de 1916. Tratam-se de décadas que transformaram profundamente a vida humana, seus costumes e a economia.*

Palavras Chave: *responsabilidade civil; função preventiva; anteprojeto do Código Civil brasileiro; indenização*

Abstract: *The article addresses the preventive function of tort liability in the Draft Bill for the Reform of the Brazilian Civil Code. The text consolidates jurisprudential and doctrinal advances, as well as recent legislative contributions from legal systems of the same tradition. Currently, tort liability is in a stage far removed from the time when the 2002 Civil Code was drafted – a code designed in the early 1970s – which reiterated the rules of tort liability from the 1916 Civil Code. These are decades that have profoundly transformed human life, its customs, and the economy.*

Keywords: *tort liability; preventive function; Draft Bill for the Reform of the Brazilian Civil Code; compensation.*

I. Introdução

Após longos debates, audiências públicas e diálogos com variados setores da sociedade brasileira, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil enviou um conjunto de propostas ao Presidente do Senado Federal, para que o Congresso avalie o mérito do projeto. O texto de responsabilidade civil é fruto de um consenso entre a comissão de responsabilidade civil – composta pelo Sub-relator, Procurador de Justiça de Minas Gerais Nelson Rosenvald, pela Ministra do STJ Isabel Gallotti e pela juíza do Tribunal de Justiça de Goiás Patrícia Carrijo – e os Relatores da Comissão de Reforma do Código Civil, Flávio Tartuce e Rosa Maria Nery.

Naquilo que nos coube, equilibrando tradição e inovação, pretendeu-se a sistematização da responsabilidade civil, tendo em vista o estágio atual da sociedade brasileira, e o que se vislumbra para as próximas décadas, consolidando avanços jurisprudenciais e doutrinários, sem olvidar de recentes contribuições legislativas advindas de ordenamentos da mesma tradição. Com efeito, outros sistemas jurídicos funcionam como espelhos – vendo-se os outros, percebe-se melhor o que somos.

A responsabilidade civil de 2024 se encontra em um estágio muito distante da época em que foi elaborado o projeto do Código Civil. A codificação de 2002, cuja construção técnica contemplava o estado da arte do início dos anos 70, reprisou substancialmente as regras de responsabilidade civil do Código Civil de 1916. Ressalva-se o elogiável acolhimento do movimento de objetivação da responsabilidade civil, mediante a introdução de uma cláusula geral do risco da atividade (art. 927, parágrafo único, CC). Nos últimos vinte anos, porém, não houve qualquer alteração legislativa. Não se trata, apenas, de um hiato temporal, mas de décadas que transformaram profundamente a vida humana, seus costumes e a economia.

Como frisou o jurista italiano Stefano Rodotà, a responsabilidade civil atua como a campainha de um alarme. Ela exerce o importante papel de repositório das disfuncionalidades de um certo ordenamento. O Código Civil de 2002 é a fotografia de uma responsabilidade civil atrelada, em grande medida, às patologias da propriedade individual e do descumprimento de contratos próprios de uma economia menos complexa. Contudo, a responsabilidade civil contemporânea recebe uma pluralidade de demandas: além de equacionar a violação de intrincadas situações patrimoniais – v.g. danos a ativos intangíveis e no interno de estruturas societárias-, acaba por compor efeitos danosos da violação de direitos da personalidade, direitos difusos, e das recentes pressões oriundas das tecnologias digitais emergentes.

É a realidade, e não a vontade dos juristas, que impõe mudanças na disciplina positivada da responsabilidade civil. A sua modernização não demanda esaurimento normativo, sendo

suficiente um refinamento dos enunciados intencionalmente indeterminados, mediante incorporação de parâmetros decisórios claros, para o necessário caminhar da doutrina e aperfeiçoamento das decisões de juízes e tribunais. Há uma particularidade na responsabilidade civil: o fato de ser um conjunto de normas dirigida aos magistrados. A maior parte das demandas cíveis – desde os juizados especiais até os tribunais superiores – conecta-se ao tema da responsabilidade civil. Se o que pretendemos é mitigar a discricionariedade judicial e a imprevisibilidade na solução de múltiplas demandas, o primeiro passo consiste em oferecer critérios objetivos para que decisões sejam cognoscíveis e controláveis, em nível de contenção de ilícitos e reparação de danos.

Outrossim, não há aumento de custos de transação em cenários de segurança jurídica e previsibilidade, traduzidas em um conjunto de normas que sinalize as regras do jogo, com firmes parâmetros de julgamento. Infelizmente, o cenário atual é refratário aos agentes econômicos, pois diante do abismo entre as regras do Código Civil e aquilo que se apresenta incessantemente ao litígio, abandona-se o sistema romano-germânico da predominância da lei como principal vetor dos julgamentos, criando-se uma hipertrofia do papel dos tribunais, com grande dificuldade na construção de uma tradição de precedentes coerentes, que de maneira estável ofereça alternativa a uma legislação defasada. Como apontou em recente publicação o Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, “A tarefa hermenêutica precisa da norma formal a interpretar. A insuficiência textual e estrutural pode reduzir a relevância do Código, e dificultar a construção de sentido, limitando-o, e o

condenando à obsolescência”.⁽¹⁾

Os civilistas que estudam direito comparado e compreendem as tendências da Europa Continental e do elogiado Código Civil Argentino de 2015 recebem de bom grado a reforma do Código Civil, conscientes de que a responsabilidade civil é multifuncional. Os danos preponderantes no século XXI não são mais apenas individuais e patrimoniais. Eles são sociais, metaindividuais, extrapatrimoniais, anônimos, dispersos, catastróficos e irreparáveis.⁽²⁾ É uma ficção crer que, tal como nos oitocentos, uma indenização será capaz de restaurar a vítima à situação hipotética da ausência do evento danoso. O Judiciário está assoberbado de demandas em que vítimas jamais serão compensadas. Justamente por isso, o projeto da reforma da responsabilidade civil mantém a primazia da função compensatória. Porém, acresce à indenização à tarefa de contenção de comportamentos antijurídicos, prevenindo ilícitos, atuando pedagogicamente no sentido de desestimular condutas demeritórias e, através de uma função promocional, premiando aqueles cuja conduta é a causa adequada para o dano, mas que investiram em governança e *accountability*, atuando con-

forme a boa-fé, prevenindo e mitigando danos.

A responsabilidade civil não se limita ao Código Civil. Ela é um sistema de gestão de riscos, que requer uma convergência entre a proteção da economia de mercado e a mais ampla tutela das vítimas de danos e da coletividade perante toda a sorte de ilícitos. A atualização do Código Civil é uma pequena parte de uma tarefa que os alemães nomeiam como “acordo de captura mútua”, que almeja a harmonização entre a cláusulas gerais e critérios decisórios objetivos, integrando um arsenal de instrumentos necessários à prevenção e ao ressarcimento dos efeitos dos atos ilícitos.

II. A tutela preventiva

A prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. O que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos, necessariamente, se concederá à prevenção daqui por diante. Nos últimos 300 anos, o homem assumiu a gestão da natureza para que esta obedecesse às necessidades da civilização. Não obstante todos os benefícios obtidos, essa fase se exauriu, pois, alcançamos o limite de suportabilidade do planeta. Por outro lado, o Estado-nação é incapaz de manter as promessas da modernidade, mesmo porque pouco poder detém, de fato, para oferecer segurança e bem-estar. Aliás, o Estado é apenas um entre vários polos irradiadores de poder, capaz de agir no plano decisório de nossas vidas. Longínquo o tempo em que todos os perigos provinham da esfera pública.

Alterum non laedere, avisavam os romanos! Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade

9

¹ FACHIN, Luiz Edson. Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino. <https://www.conjur.com.br/2024-mar-01/reforma-e-atualizacao-do-codigo-civil-brasileiro-e-o-novo-codigo-civil-argentino/>

² Justamente por colocar em risco a existência da humanidade e das demais espécies animais, a questão dos danos catastróficos atingiu dimensões humanitárias e despertou a atenção dos organismos internacionais, ensejando a criação da Agência das Nações Unidas de Respostas a Desastres (United Nations Disaster Relief Office – UNDRP), em 1971, com a realização de três Conferências Mundiais sobre Redução de Riscos de Desastres Naturais, em Yokohama (1994), em Hyogo (2005) e em Sendai (2015), quando foi aprovada a denominada “Agenda 2030”, com 17 objetivos e 169 metas para o desenvolvimento sustentável (ODS). Os danos catastróficos fazem parte da “Agenda 2030”, cujos objetivos 11, 12 e 13 tratam das cidades sustentáveis, do consumo e da produção responsáveis e da ação contra as mudanças climáticas.

civil do século XXI. A prevenção como antonômia da responsabilidade civil contemporânea. Ao invés de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação –, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude. Ademais, caso o dano já tenha sido produzido, que se evite o seu agravamento (*duty to mitigate the own loss*).

O modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante, extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais. A sua trajetória não é linear, um caminho sem volta. A doutrina e a jurisprudência admitem revisitação de pontos de vistas contingencialmente superados quando os dados do mercado, dos avanços tecnológicos e, sobretudo, das aspirações éticas de uma determinada coletividade determinem uma reelaboração de determinada função da responsabilidade civil, porventura em estado letárgico. Na sociedade de riscos, um altivo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança a evitar condutas danosas. Uma ode à virtude da “previdência” (olhar antes). A tutela inibitória se propaga no Direito Civil com uma série de instrumentos que permitem prevenir o ilícito antes que ele se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos.

Por conseguinte, a responsabilidade civil pode se prestar a um papel preventivo de grande importância, sem qualquer demérito à téc-

nica compensatória. Na dinâmica da sociedade contemporânea, não mais é possível aguardar, em berço esplêndido, a frustração ou violação de um direito, para, somente depois, pleitear uma providência jurisdicional. Na pós-modernidade, urge a obtenção de respostas efetivas e concretas, práticas e céleres, contra a ilicitude. A par de rígidos esquemas formais na base do *all or nothing*, em determinadas circunstâncias particularizadas, haverá a necessidade de o ordenamento jurídico agir de forma pragmática e flexível para mensurar bases de ponderação entre o acolhimento de interesses mercedores de tutela de credores e vítimas, com a consciência de que os critérios distributivos de danos para outros sujeitos, em sede de imputação objetiva, eventualmente não poderão desprezar a importância do desestímulo ao agente causador do dano.

Em um horizonte mais amplo, a elevação da prevenção ao posto de princípio da responsabilidade civil indica uma quebra de paradigmas mais ampla do que aquela produzida quando da paulatina ascensão da teoria objetiva da responsabilidade civil, ao longo do século XX. A festejada ampliação do espectro da imputação objetiva de danos – por mais que corresponda aos anseios de equanimidade social – ainda é tributária de uma teoria da justiça que prioriza a liberdade e a neutralidade do sistema jurídico perante as escolhas dos cidadãos. A teoria objetiva apenas revela uma tendência mais igualitária e interventiva sobre o mercado, a fim de resguardar aqueles que estejam expostos a danos. Contudo, o princípio da prevenção nos remete a uma concepção de justiça aristotélica, pautada na virtude e na necessidade de o ordenamento introduzir parâmetros de comportamento desejáveis que devam ser observados generali-

zadamente. As decisões individuais tomadas hoje não mais se encontram nos estágios Caio × Tício, no qual a intersubjetividade se localiza no tempo e no espaço. Na hipermodernidade, as atividades potencialmente lesivas afetam milhares de pessoas, em dimensão global, podendo mesmo os efeitos danosos alcançarem as gerações futuras. Nesse contexto, somente uma concepção de justiça voltada à indução da virtude – leia-se, aqui, prevenção – será capaz de convidar os atores sociais à adoção de uma justificativa moral para que todos possam ansiar pelo ideal de uma “vida boa”.

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social.⁽³⁾ Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material, seja pela processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balanceamento de interesses, por meio da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: punição, precaução e compensação.

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. “Responsabilizar” já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, “responsabilizar” se converteu em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de

responsabilidade como prevenção de ilícitos.⁽⁴⁾

III. Função preventiva no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Art. 927-A. Todo aquele que crie situação de risco ou seja responsável por conter os danos que dela advenham, obriga-se a tomar as providências para evitá-los

§ 1 o Toda pessoa tem o dever de adotar, de boa-fé e de acordo com as circunstâncias, medidas ao seu alcance para evitar a ocorrência de danos previsíveis que lhe seriam imputáveis, mitigar a sua extensão e não agravar o dano, caso este já tenha ocorrido

§ 2 o Aquele que, em potencial estado de necessidade e sem dar causa à situação de risco, evita ou atenua as suas consequências, tem direito a ser reembolsado das despesas que efetuou, desde que se revelem absolutamente urgentes e necessárias, e seu desembolso tenha sido providenciado pela forma menos gravosa para o patrimônio do responsável.

§ 3 o Sem prejuízo do previsto na legislação especial, a tutela preventiva do ilícito é destinada a inibir a prática, a reiteração, a continuação ou agravamento de uma ação ou omissão contrária ao direito, independentemente da concorrência do dano, ou da existência de culpa ou dolo. Verificado o ilícito, pode ainda o interessado pleitear a remoção de suas consequências e a indenização pelos danos causados.

§ 4 o Para a tutela preventiva dos direitos

³ Nesse sentido, Claudio Scognamiglio assevera que “o ordenamento não pode se mostrar indiferente a respeito da violação de direitos e ao fenômeno de fatos que acarretam graves prejuízos de ordem econômica e social aos sujeitos” *Danno moral e funzione deterrente della responsabilità civile. Studi in onore di Nicolò Lipari*. Milano: Giuffrè, 2008, t. II, p. 2773.

⁴ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. Teoria Geral da responsabilidade civil. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 178.

são admissíveis todas as espécies de ações e de medidas processuais capazes de propiciar sua adequada e efetiva proteção, observando-se os critérios da menor restrição possível e os meios mais adequados para garantir a sua eficácia.

Em comum, todos os dispositivos ordenam a função preventiva da responsabilidade civil, ajustando o Código Civil ao direito comparado e a outras legislações brasileiras, como o CDC e a LGPD,⁽⁵⁾ além das futuras normas que tratem da temática, a final se o Código Civil não mais ostenta pretensão monopolista do direito privado – tal qual nas codificações dos oitocentos – ainda reserva para si o papel de centralidade e coordenação do diálogo intra-sistemático.

Há consenso em que, no contexto das sociedades contemporâneas, as atividades humanas e empresariais são desempenhadas em alta escala, com forte intervenção sobre o meio ambiente natural e social, produzindo riscos a cada dia mais acentuados. Trata-se de um interessante ponto de partida para afirmar a responsabilidade civil como um sistema de gestão de riscos, permitindo que doutrina e jurisprudência desenvolvam soluções mais adequadas e eficientes perante riscos, ilícitos e danos que se multiplicam em uma sociedade tecnológica, complexa e plural.

⁵ A prevenção contra danos não é matéria estranha ao nosso ordenamento jurídico, a começar por dispositivos esparsos no Código Civil que impõem dever de adotar medidas para evitar que o dano aconteça ou o agravamento de suas consequências, em determinadas situações (art. 31, art. 96, § 3º, art. 696, art. 1.280). Em reforço, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, impõe aos agentes de tratamento de dados (controlador e operador) uma série de deveres tendentes a evitar a ocorrência de danos para os titulares dos dados pessoais (arts. 46 a 51), sem prejuízo para a reparação dos danos que se efetivarem (art. 42). Ademais, o art. 21, XVIII, da Constituição Federal, assim como o art. 2º da Lei 12.608/2012 dispõe que o poder público deve adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastres. Destaca-se o art. 6., VI, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”

A função compensatória permanece como primordial na responsabilidade civil. Todavia, manifesta-se um enfoque constitucional de direitos que em princípio sempre se apresentaram como de índole privada. Não há mais como elidir a constatação de Guido Calabresi – ainda na década de 70 – da necessidade de a responsabilidade civil ser equitativa, atuando como sistema de redução de custos mediante o incentivo à adoção de condutas preventivas.⁽⁶⁾

A translação da função preventiva de mero efeito colateral da função compensatória para uma desejável autonomização começou nas jurisdições do *common law* e se difundiu para a Europa continental. Neste sentido igualmente caminha o Superior Tribunal de Justiça: “A função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis” (Informativo n. 574, REsp 1.371.834-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 14/12/2015 e Informativo n. 538, REsp 1.354.536-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/3/2014).

O *caput* do art. 927-A normatiza a tutela preventiva do dano. Não se trata aqui de inibir um ato ilícito, porém de ampliar o escopo da função preventiva para as atividades de risco especial, cuja imputação objetiva da obrigação de indenizar dispensa a aferição de condutas antijurídicas, sendo suficiente a maior probabilidade de causação de dano pela própria natureza intrínseca da atividade. Como se afirma na doutrina, a contenção de danos *ex ante* pode ser efetivada por meio dos deveres de prevenção,

⁶ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.

de precaução⁽⁷⁾ e de mitigação. Prevenir a ocorrência de um dano significa atuar positivamente para evitar a ocorrência de um evento que certamente ocorreria se não fossem adotadas as medidas preventivas. Precaver-se contra a ocorrência do dano significa preparar-se para um episódio danoso que conta com alguma probabilidade de ocorrer. Mitigar as consequências de um dano significa atuar positivamente para não agravar a situação danosa já instalada.⁽⁸⁾

Ou seja, não basta estipular o dever de prevenção no bojo da responsabilidade civil, mas é preciso dotar as vítimas potenciais de instrumentos para preservação de seus bens e interesses em face dos riscos que emanam das atividades desempenhadas por outrem. Vale dizer, as atividades com baixo grau de risco de danos podem ser tratadas pelo viés da reparação *ex post factum*, ao passo que aquelas que carregam elevado grau de risco de danos graves e irreversíveis só podem ser tratadas pelo prisma da prevenção, priorizar-se a tutela da coletividade, viabilizada de forma a impedir que titulares de direitos se convertam em “vítimas”.

⁷ No anteprojeto de Reforma do Código Civil apenas é tratada a prevenção e não a função precaucional em sentido amplo, cujo *locus* adequado são as leis específicas que tratem de matéria ambiental, climática ou tecnológica. A precaução contra danos se efetiva através da contratação obrigatória de seguro de responsabilidade civil (securitização), bem como pela constituição de fundos de reparação de danos (mutualização) em ambos os casos com vista à reparação dos danos que possam acontecer com alguma probabilidade. Em sentido complementar, a prevenção deve se efetivar por meio de ações positivas, amparadas pela técnica, com a finalidade de evitar que um dano com elevado grau de certeza se concretize.

⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Tutela inibitória substantiva: *Prevenção e reparação de danos na reforma do Código Civil*. In Migalhas de responsabilidade civil, 31.10.2023. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/396162/tutela-inibitoria-substantiva>

Neste sentido, a vítima potencial poderá requerer ao juiz que obrigue o responsável pela atividade de risco a adotar medidas de prevenção, incluindo a mitigação dos riscos e dos danos. Com base em um juízo de ponderação o magistrado poderá exigir do legitimado passivo ações ou abstenções concretas tendentes à evitação de danos previsíveis. Os trágicos eventos de Minas Gerais envolvendo barragens e o recente episódio do “afundamento da mina” em Maceió evidenciam a importância de uma regra especial voltada à contenção do risco da atividade. Cite-se o Enunciado 446 (V Jornada de Direito Civil): “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”.⁽⁹⁾

A funcionalização é um caminho natural do direito privado. Já se consumou na propriedade, contratos e direito de família e na própria teoria geral, ao libertar a tutela da personalidade da dogmática da capacidade. Nessa senda, já é tempo de incluir a funcionalização preventiva. A final, a responsabilidade civil que enfrenta os enormes desafios ambientais, climáticos e tecnológicos do século XXI não pode se manter encarcerada no mecanismo de trasladação de danos *ex post* da vítima a um responsável. Ela também (e principalmente) atua *ex ante*, no binômio da prevenção do ilícito e prevenção do dano.

⁹ A bipartição entre função preventiva do ilícito e do dano também encontra guarida na reforma do Código Civil da França: Art. 1268 (n. 678, Sénat/2020) – “En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur”.

O § 1 do art. 927-A regula a função preventiva pelo viés substantivo, tendo inspiração no artigo 1710 do Código Civil da Argentina de 2015.⁽¹⁰⁾ Vale dizer, consagra-se um dever geral de atuar para evitar causar às pessoas e coisas um dano injustificado, mediante a adoção de condutas conducentes ao seu impedimento, produção ou agravamento. A base do dispositivo são os parâmetros da boa-fé e da razoabilidade, o que implicará a análise das circunstâncias de cada caso, levando-se em consideração que existe um direito geral a não atuar e que, unicamente quando se configure um abuso deste direito poderá haver responsabilidade por omissão.

O § 2 do art. 927-A versa sobre a indenização preventiva. Trata-se de hipótese em que será justa a fixação de uma indenização, não por um dano propriamente dito e sim pela necessidade de restituição ao demandante do valor correspondente às despesas realizadas para impedir que um dano se consume.

Desde há algum tempo que os estudiosos do direito civil questionam se nos confins da responsabilidade extracontratual há espaço para uma indenização apartada da função compensatória de danos, nas hipóteses em que não se manifesta um prejuízo propriamente dito, porém alguém realiza despesas com o objetivo de impedir que um dano alcance um interesse digno de tutela. Neste contexto, a doutrina necessita encontrar uma justificativa para a ampliação do conceito de dano ou, alternativamente, promover uma via metodologicamente sustentável,

apta a fundamentar uma indenização que abarque gastos preventivos de danos consequentes à prática de um ato ilícito.

A opção pela inserção na função preventiva viabiliza importante autorização legislativa para que o próprio titular de um direito, seriamente ameaçado de lesão (daí a ideia de “potencial estado de necessidade”), possa agir pessoal e materialmente, objetivando sua preservação integral, creditando-se no direito de reparação dos custos arcados para a prevenção contra o responsável pela causação do risco de dano. A aprovação dessa proposta inauguraria hipótese bastante aberta do emprego de autotutela no ordenamento jurídico brasileiro. Perceba-se que, nessa hipótese, o emprego da tutela jurisdicional ficaria relegada *a posteriori*, não para garantir a tutela inibitória, mas sim para garantir eventuais pretensões de ressarcimento não apenas pelas perdas e danos suportados como também pelos custos gerados com a proteção preventiva. Vale dizer, preserva-se a incolumidade do Direito em essência, repassando-se ao agressor responsável pela injusta ameaça a responsabilidade de ressarcimento pelos custos da prevenção suportados pelo titular do direito – ou mesmo por terceiro – em sua defesa.⁽¹¹⁾

¹¹ VENTURI, Thaís G. Pascoaloto Breves notas à responsabilidade civil preventiva no anteprojeto de reforma do Código Civil: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/412841/responsabilidade-civil-preventiva-no-anteprojeto-de-reforma-do-cc> aduz a autora mais adiante: “A funcionalidade da tutela inibitória no Brasil, aliás, tem sido reconhecida crescente e amplamente em âmbito jurisprudencial, empregando-se a atipicamente nas mais variadas pretensões de tutela de direitos individuais e transindividuais, sempre que demonstrados a plausibilidade da tese invocada e o perigo de ocorrência, reiteração ou continuidade da ilicitude. A tutela inibitória deve ser compreendida como forma preventiva de proteção dos direitos. Todavia, diante da ausência ou da insatisfatoriedade dos mecanismos inibitórios materiais, a tutela inibitória acaba sendo instrumentalizada quase exclusivamente por via de técnicas processuais atuadas pela função jurisdicional estatal. Isso não quer dizer, contudo,

¹⁰ “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable... c. no agravar el daño, si ya se produjo.”.

No plano funcional da responsabilidade civil, seguimos modelos europeus que consagram alternativa metodologicamente viável no âmbito da função preventiva. Neste sentido, o DCFR – Projeto de Código Europeu do Direito das Obrigações – Livro VI (responsabilidade extracontratual) 6:302: “Responsabilidade por perdas na prevenção de danos: aquele que tenha incorrido em despesas razoáveis para prevenir um dano iminente, ou para limitar a extensão ou severidade do dano sofrido tem o direito de compensação em face da pessoa que seria responsável pela causação do dano”. Igualmente o PETL – Principles of European tort law: Art. 2.104: “Os gastos realizados para evitar um dano que ameaça se produzir constituem um dano ressarcível, na medida em que sejam razoáveis”. Na mesma linha ode reforma do Código Civil da França (n. 678. Sénat/2020): “Art. 1238. Les dépenses engagées et les coûts et pertes supportées par le demandeur pour prévenir, au moyen de mesures raisonnables, la réalisation imminente d’un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable”.

Nesse sentido, o § 3 do art. 927-A não apenas aperfeiçoa a tutela inibitória do ilícito ancorada no parágrafo único do art. 497 do CPC, como traz ao direito material o papel de indicar as formas de tutela, considerando-se que o processo deve se estruturar de modo a oferecer técnicas processuais adequadas ao atribuído pelo

Código Civil, seja em matéria de tutela reparatória como inibitória. Não se exige nenhum outro fator de atribuição da responsabilidade civil, pois a tutela inibitória prescinde totalmente de dano ou culpa, contentando-se com a probabilidade do ilícito e o ilícito praticado.

Outrossim, além da tutela inibitória, a função preventiva é complementada pela tutela de remoção do ilícito, cuja finalidade consiste em eliminar uma situação de ilicitude ou remover os efeitos concretos derivados de uma ação ilícita. Trata-se de tutela repressiva em relação ao ilícito, tendo como pressuposto a ocorrência de ilícito que deixou efeitos concretos continuados. Tal como ocorre na tutela inibitória, não integra o mérito da causa a alegação concernente ao fato danoso temido ou eventualmente ocorrido, bem como a existência de culpa ou dolo do demandado. Enfim, distingue-se as três tutelas: inibitória, remoção do ilícito e reparatória.

Fundamental esclarecer que a tutela inibitória substantiva consiste na faculdade de exigir que a pessoa natural ou jurídica que desempenhe uma atividade de risco adote medidas de prevenção que, por definição, têm como finalidade evitar a ocorrência de danos.⁽¹²⁾ A tutela inibitória substantiva não se confunde com o mecanismo previsto no art. 497 do Código de Processo Civil brasileiro, pois visa dar efetividade à função preventiva da responsabilidade civil, atribuindo a quem se encontre na iminência de sofrer um dano a faculdade de postular uma ordem judicial dirigida a quem esteja a cargo de uma atividade, detendo condições de agir para

que a proteção inibitória dos direitos nasça somente a partir da invocação da intervenção estatal por via do direito constitucional da ação processual. Muito ao contrário, a pretensão à tutela inibitória deve ser compreendida como inerente ao próprio direito subjetivo. A partir do momento em que o ordenamento passa a tutelar determinados direitos ou interesses, a prevenção contra sua violação nasce, à toda evidência, natural e conjuntamente.”.

¹² O Código Civil argentino, de 2014, contempla a tutela inibitória substantiva, por meio da denominada ação preventiva, prevista nos art. 1.710 a 1.713 daquele Código.

evitar o resultado danoso.⁽¹³⁾

Por fim, o § 4 do art. 927-A objetiva conciliar a função preventiva ao ordenamento jurídico vigente. Trata-se de adequar o Código Civil as formas de tutela do CDC e as técnicas processuais já previstas pelo CPC. Ganha-se em efetividade e operabilidade.

A verdade é que não se pode reduzir a complexidade do modelo aquiliano a uma função exclusiva e unitária. Cada uma das funções da responsabilidade civil persegue uma necessidade de segurança. Pode-se dizer que a função compensatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de “certeza” do direito como importante garantia de uma compensação. A outro turno, a segurança, que se prende à função preventiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Bibliografia

- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.
- FACHIN, Luiz Edson. *Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino*. In Consultor Jurídico, 1 de março de 2024.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños. In: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 31; LLAMAS POMBO, Eugenio. Reflexiones sobre Derecho de daños: casos y opiniones. Madrid: La Ley, 2010.
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Teoria Geral da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2024.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Tutela inibitória substantiva: Prevenção e reparação de danos na reforma do Código Civil*. In Migalhas de responsabilidade civil, 31.10.2023.
- SCOGNAMILIO, Claudio. Danno moral e funzione deterrente della responsabilità civile. Studi in onore di Nicolò Lipari. Milano: Giuffrè, 2008, t. II.
- VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Breves notas à responsabilidade civil preventiva no anteprojeto de reforma do Código Civil. In Migalhas de responsabilidade civil.

¹³ LLAMAS POMBO, Eugenio. Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños. In: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 31;

DIAGNÓSTICO MÉDICO POR ROBOTS Y RESPONSABILIDAD CIVIL(*)

Francisca Ramón Fernández

Catedrática de Derecho civil. Universitat Politècnica de València

Resumen: *¿Puede diagnosticarme un robot? A esta pregunta tan futurista la respuesta es que sí. De hecho, el diagnóstico médico con asistencia de la robótica no es una novedad en el ámbito médico. Sin embargo, somos todavía reticentes a que no sea una persona quien nos diagnostique y nos da más confianza el ser humano que la máquina. Sobre esta cuestión vamos a reflexionar en el presente trabajo a la vista de la legislación aplicable*

Palabras clave: *Diagnóstico médico; robots; responsabilidad; daños; paciente*

Abstract: *Can a robot diagnose me? The answer to this futuristic question is yes. In fact, medical diagnosis with the assistance of robotics is not a novelty in the medical field. However, we are still reluctant to have a diagnosis made by anyone other than a person and we trust humans more than machines. We will reflect on this question in this paper in light of the applicable legislation.*

Keywords: *Medical diagnosis; robots; liability; damages; patient*

(*) Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmical Law” (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), y Proyecto “Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas” 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ FEDER, UE.

Este trabajo tiene su origen en el III Congreso Internacional “Saúde, Novas Tecnologías e Responsabilidade Civil”, que tuvo lugar en la Universidad de Alicante los días 24 y 25 de septiembre de 2024, organizado por la Universidad de Alicante, Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil y la Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Alicante.

Sumario: 1. Introducción. 2. La aplicación de la inteligencia artificial a la medicina: El diagnóstico médico por robots. 3. El principio de autonomía de la voluntad del paciente. 4. La Carta de Derechos Digitales. 5. La responsabilidad por daños y legislación aplicable. 5.1. El Reglamento (UE) 2024/1689, la Directiva (UE) 2024/1799 y la Directiva (UE) 2024/2853. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. Introducción

El desarrollo de la inteligencia artificial y los robots en el ámbito de la salud está revolucionando la forma en que se diagnostican y tratan enfermedades. Los sistemas de diagnóstico asistidos por robots ofrecen capacidades avanzadas, como el análisis de datos clínicos en tiempo real, el procesamiento de imágenes médicas y la generación de informes diagnósticos con un nivel de precisión que en muchos casos supera al del ojo humano. Nos encontramos en la era de la automatización y la obsolescencia humana.⁽¹⁾

Sin embargo, la creciente autonomía de estas herramientas plantea cuestiones críticas relacionadas con la responsabilidad civil en caso de errores o perjuicios derivados de su uso. En este trabajo se va a analizar las implicaciones

¹ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Automatización y obsolescencia humana”, en *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Agustí Cerrillo i Martínez y Miquel Peguera Poch, Coordinadores, Aranzadi, Cizur Menor, España, 2020, págs. 113-124.

que tiene el diagnóstico médico a través de la robótica tanto en el ámbito normativo respecto de su regulación como también en relación con las consecuencias en relación a un diagnóstico erróneo que pueda producir un daño.

Pero, no hay que olvidar que la máquina puede estar entrenada de forma más perfecta que una persona, y puede realizar un diagnóstico más preciso. Sin embargo, esta afirmación no está exenta de problemas, ya que muchas personas consideran que ser diagnosticadas por un robot impersonaliza la medicina y que el robot también se puede equivocar, como cualquier humano.

Para ello, vamos a analizar esta legislación mencionada, el tipo de responsabilidad que sería aplicable, los casos de exoneración y así como la postura de la doctrina con la finalidad de obtener unas conclusiones válidas.

2. La aplicación de la inteligencia artificial a la medicina: El diagnóstico médico por robots

La denominada medicina avanzada se ha implementado en los centros de diagnóstico y hospitales. Los tratamientos están cada vez más personalizados⁽²⁾ en función del paciente y sus patologías. No hay una medicina estandarizada que sirva para todas las personas que sufren una enfermedad, aunque sí que existan protocolos de actuación. Nos encontramos con un ajuste en función de la edad, estado de salud, comorbilidad, entre otras.

Actualmente, muchas pruebas diagnósticas se realizan con la asistencia de la inteligencia

artificial, ya que permite una mayor precisión en el diagnóstico.

Los sistemas de diagnóstico médico basados en la inteligencia artificial y los robots tienen unos beneficios que podemos indicar:

- a) Permiten una detección temprana de enfermedades. Los algoritmos de aprendizaje profundo pueden identificar patrones en datos médicos e imágenes que podrían resultar indetectables para una persona. Ello resulta decisivo en caso de enfermedades donde la prevención resulta primordial para un éxito en la curación como las enfermedades oncológicas o las degenerativas, con la finalidad de un abordaje con tratamientos para evitar su metástasis o recidiva.
- b) La reducción del error humano. Los robots no necesitan periodo de descanso, no están afectados a distracciones ni a sesgos cognitivos lo que permite que se obtengan diagnósticos más precisos y objetivos.
- c) Acceso universal a sistemas de diagnóstico avanzado. En lugares donde el acceso a especialistas no resulta fácil, por ejemplo, zonas rurales o con poca accesibilidad, el diagnóstico a través de sistemas inteligentes permite que se acceda a un diagnóstico preciso, con lo que se reducirían las listas de espera y se evitaría la brecha en la atención sanitaria del paciente.
- d) La eficiencia en la carga laboral. El diagnóstico mediante sistemas inteligentes aliviaría la carga de los especialistas que les permitiría partir de un diagnóstico ya realizado con la finalidad de afirmar el juicio clínico y comprobar el diagnóstico que ha realizado el asistente digital.

² Cobas Cobiella, María Elena y Pérez Cobas, Ana Elena: "Medicina personalizada. Retos para el derecho", en *Derecho y medicina: desafíos tecnológicos y científicos*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 129 y sigs.

A pesar de todos estos beneficios, el diagnóstico mediante robots se enfrenta a diversos retos que vamos a indicar ya que se debe garantizar un uso seguro y ético de los sistemas inteligentes:

Los retos de ámbito técnico se plantea la calidad y fiabilidad del software ya que los sistemas de diagnóstico dependen de algoritmos entrenados con datos que pueden estar sesgados o ser insuficientes, lo que podría afectar a su precisión. Ello también plantearía los problemas de prestación del consentimiento en la utilización de los datos y la privacidad.

También la actualizaciones y mantenimiento ya que la tecnología avanza de forma muy rápida y los sistemas deben mantenerse actualizados para que puedan ser competitivos y dispongan de los últimos avances en el ámbito médico.

La ciberseguridad es otro de los retos ya que los robots que se emplean en diagnóstico son vulnerables a los ataques informáticos, lo que también comprometería la privacidad de los pacientes o alterar los resultados médicos del diagnóstico.

Respecto a los retos de carácter ético destacamos la transparencia ya que los pacientes y facultativos deben conocer el funcionamiento de los sistemas y cuáles son sus limitaciones. La falta de transparencia de los algoritmos provoca desconfianza y sesgos.

La prestación del consentimiento informado, ya que los pacientes deben conocer que el diagnóstico va a ser realizado por un sistema inteligente y pueden negarse a ello, y si prestan su consentimiento tienen que conocer las implicaciones de su decisión tanto en este caso, como en el supuesto de no prestar el consentimiento.

Otro de los retos es la capacidad del juicio del ser humano. Un sistema médico que solamente confíe en un diagnóstico mediante robots puede mermar también el juicio clínico del especialista. El diagnóstico inteligente puede ser un complemento, pero no eliminar la parte humana de la medicina, impersonalizándola y con un riesgo de error más alto al no intervenir el juicio humano. Esto que parece una contradicción no lo es. Lo que queremos indicar es que el factor humano no puede desaparecer de forma absoluta, sino complementarse con la ayuda de un sistema inteligente.

En cuanto a los retos legales, podemos indicar, como hemos apuntado que la intervención de los robots en el diagnóstico médico plantea cuestiones no resueltas en torno a la responsabilidad civil.

En el caso de que se produzca un error hay que determinar la responsabilidad civil aplicable en el caso de que se provoque un daño al paciente. Se plantea si recae dicha responsabilidad sobre el desarrollador del software, en el caso de que el error se debiera a un fallo en el algoritmo o en los datos de entrenamiento; en el fabricante del hardware en los casos donde el fallo se relaciona con el equipo físico; en el proveedor de salud, por la implementación o supervisión incorrecta del sistema, o en el médico, si no se confirmaron los resultados o no se tomaron decisiones adecuadas basadas en el diagnóstico automatizado.

La falta de una normativa específica, que debiera regularse sobre este aspecto deriva en una ausencia de un marco legal estandarizado para regular el uso de sistemas de inteligencia artificial en diagnóstico médico, y debemos acudir a la normativa actualmente disponible, principalmente la re-

gulación europea que analizaremos en los siguientes apartados. La consecuencia de ello es una clara incertidumbre en las partes implicadas.

También debemos indicar que la utilización de tecnologías avanzadas en el diagnóstico mediante sistemas inteligentes determina que se deba establecer seguros de responsabilidad por daños para cubrir las indicadas contingencias respecto de los riesgos asociados a errores de diagnóstico por robots.

3. El principio de autonomía de la voluntad del paciente

Ello se relaciona también con la utilización de algoritmos y su posible sesgo discriminatorio, así como el principio de autonomía de la voluntad teniendo en cuenta la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³ que determina que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles y que tiene derecho a negarse al tratamiento, con excepción de los casos determinados por la Ley, debiendo dicha negativa constar por escrito.

La norma no menciona, en ningún momento, el diagnóstico asistido por inteligencia artificial, a pesar de ser un término que se acuñó por John McCarthy en 1956 durante la Conferencia de Dartmouth.

Lo que sí que menciona la norma es la prestación del consentimiento, que será verbal por regla general, pero que se deberá prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgi-

ca, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Debemos entender que entraría dentro del concepto genérico de procedimientos diagnósticos invasor en el caso de que se realizara con la intervención de la robótica produciendo dichos efectos.

4. La Carta de Derechos Digitales

Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España⁴, que no tiene valor normativo, indica en el apartado XXV los derechos ante la inteligencia artificial. De su redacción indicamos que la inteligencia artificial deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el principio de no maleficencia.

Durante el desarrollo y el ciclo de vida de los sistemas inteligentes deberán respetar las siguientes pautas:

a) Garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial.

Hay que tener en cuenta lo indicado en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁵ respecto a la inteligencia artificial y mecanismos

⁴ Gobierno de España: *Carta de Derechos Digitales*, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (Consultado el 30 de diciembre de 2024). Véase: AA.VV.: *La Carta de Derechos Digitales*, Lorenzo Cotino Hueso, Coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁵ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

³ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

de toma de decisión automatizados, en cuyo artículo 23 se establece que en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.

Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.

Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido.

Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos.

En el ámbito español, la Orden TDF/619/2024, de 18 de junio, por la que se crea y regula el Consejo Asesor Internacional en

Inteligencia Artificial⁽⁶⁾ indica que una de sus funciones es asesorar en materia de evaluación del impacto de la Inteligencia Artificial en la industria, Administración y sociedad, y el Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura⁽⁷⁾ plasma lo indicado en la Ley 15/2022 al señalar que la Administración pública autonómica fomentará el uso de una inteligencia artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea, y promoverá la calidad en el uso de inteligencia artificial, favoreciendo, entre otras medidas, el empleo de sistemas de inteligencia artificial que incorporen sellos o certificados de calidad y acrediten su conformidad a las exigencias de seguridad prescritas por la Unión Europea. Además, velará por el cumplimiento de estos estándares de calidad certificada cuando sean obligatorios en sistemas de alto riesgo.

Los órganos, organismos y entidades que conforman el sector público autonómico de Extremadura incorporarán sistemas de inteligencia artificial que favorezcan la eficacia y eficiencia en la gestión de los servicios públicos.

Se establecerán los mecanismos para que la utilización de sistemas de inteligencia artificial redunden en beneficio de la función de los empleados públicos.

Siguiendo lo indicado en la Ley 15/2022, favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que utilice tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia

⁶ BOE núm. 150, de 21 de junio de 2024.

⁷ BOE núm. 84, de 8 de abril de 2023.

y rendición de cuentas siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.

b) Establecer condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible.

c) Garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad.

Las personas no deben conformarse con un diagnóstico a través de un robot, si no están de acuerdo, o quieren una segunda opinión, en este caso, humana, ya que podrán solicitar una

3. Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.

El Derecho a la protección de la salud en el entorno digital se establece en el apartado XXIII de la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España.. Durante la época de la pandemia por la Covid-19, la teleasistencia, las aplicaciones digitales para el control de la salud y el diagnóstico se implementaron de forma muy generalizada, al producirse un confinamiento de la población.

Esto motivó que el entorno digital en la medicina se quedará implementado una vez superada la pandemia.

El acceso a los servicios digitales por parte de las personas tiene que realizarse en condiciones de igualdad, accesibilidad y universalidad, y, en muchas ocasiones ello no es posible, ya que existe una brecha digital en las personas no nativas digitales, y también en personas de avanzada edad, o incluso en personas que no están habituadas al entorno internet. No hay más que ver que en las consultas de atención primaria y hospitales muchas personas tienen dificultades para solicitar una cita, controlar su turno de acceso, o incluso acceder a cualquier servicio, ya que está todo digitalizado. Necesitan una asistencia por parte de terceras personas para poder disponer de una atención médica.

Ello provoca que muchas personas prefieran una asistencia presencial, de la forma tradicional, antes que una llamada telefónica, ya que es preciso adoptar medidas para garantizar el acceso a la salud y evitar la exclusión de colectivos en riesgo.

Se promoverá que la investigación y la tecnología contribuyan al logro de una medicina preventiva, predictiva, personalizada, participativa y poblacional.

El sistema de salud promoverá el desarrollo de sistemas de información que aseguren la interoperabilidad, el acceso y la portabilidad de la información del paciente.

El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho al libre criterio clínico del personal sanitario.

Los entornos digitales de salud garantizarán, conforme a la legislación sectorial, la autonomía del paciente, la seguridad de la información, la transparencia sobre el uso de algoritmos, la ac-

cesibilidad y el pleno respeto de los derechos fundamentales del paciente y en particular su derecho a ser informado o renunciar a la información y a consentir en el tratamiento de sus datos personales con fines de investigación y en la cesión a terceros de tales datos cuando tal consentimiento sea requerido.

Los poderes públicos impulsarán el acceso universal de la población a sistemas de telemedicina y teleasistencia, así como a los dispositivos tecnológicos desarrollados con fines terapéuticos o asistenciales en condiciones adecuadas de conectividad. Se procurará establecer que el acceso a estos dispositivos cuando se facilite a título gratuito por un fabricante o proveedor no pueda condicionarse a la cesión a aquellos de los datos personales del paciente.

5. La responsabilidad por daños y legislación aplicable

5.1. El Reglamento (UE) 2024/1689, la Directiva (UE) 2024/1799 y la Directiva (UE) 2024/2853

El principal problema que nos encontramos es errar en el diagnóstico, y en el caso de un robot, la responsabilidad civil por daños⁽⁸⁾.

⁸ La doctrina se ha pronunciado sobre la cuestión. Se puede consultar: Atienza Navarro, María Luisa: “Una aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial de 27 de abril de 2020”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020; *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona, 2022; “Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2023, págs. 1 y sigs. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/415760/510567> (Consultado el 31 de diciembre de 2024); “Seguro de responsabilidad civil y daños causados por inteligencia artificial”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 6, 2023, págs. 143 y sigs.; “¿Daños nuevos, reglas nuevas para su indemnización? Responsabilidad civil e inteligencia artificial a la luz de las últimas Propuestas de la Unión Europea”,

Es preciso determinar si el régimen de responsabilidad es objetivo, o sin culpa, por lo que los desarrolladores de software o fabricantes de hardware podrían ser responsables de forma automática en caso de un fallo, con independencia de la intención o negligencia; o responsabilidad de tipo subjetiva con intervención de culpa en la que intervendría la intencionalidad o negligencia.⁽⁹⁾

O también un régimen de responsabilidad proporcional distributivo respecto de las obligaciones entre todas las partes involucradas: desarrolladores, médicos e instituciones.

Se podría establecer fondos de compensación para el caso de indemnización de pacientes que hayan sido afectados por errores de sistemas inteligentes.

Nos proponemos analizar estas cuestiones teniendo en Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial)⁽¹⁰⁾.

Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, núm. 64, 2024; “La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial: estado de la cuestión”, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Natalia Álvarez Lata, Coordinadora, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, págs. 341 y sigs.

⁹ Ramón Fernández, Francisca: “La imputación basada en la culpa. Concepto y criterios de imputación subjetiva”, en *Derecho de Daños*, Mario E. Clemente Meoro y María Elena Cobas Cobiella, Directores, Tirant Blanch, Valencia, 2021, págs. 451 y sigs.

¹⁰ Cfr. Ramón Fernández, Francisca: “Sistemas de gestión de calidad, documentación técnica y conservación en el Reglamento”, en *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Lorenzo Cotino Hueso y Pere Simó Castellanos, Coordinadores, Aran-

En el texto de esta norma se indica que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, a fin de promover la adopción de una inteligencia artificial centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de inteligencia artificial en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación. El presente Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios basados en la inteligencia artificial, con lo que impide que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de inteligencia artificial, a menos que el presente Reglamento lo autorice expresamente.

Conviene establecer normas comunes para los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo al objeto de garantizar un nivel elevado y coherente de protección de los intereses públicos en lo que respecta a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. Estas normas deben ser coherentes con la Carta, no deben ser discriminatorias y deben estar en consonancia con

los compromisos de la Unión en materia de comercio internacional. También deben tener en cuenta la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital y las Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable del Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial.

En consecuencia, se necesita un marco jurídico de la Unión que establezca unas normas armonizadas en materia de inteligencia artificial para impulsar el desarrollo, la utilización y la adopción en el mercado interior de la inteligencia artificial y que, al mismo tiempo, ofrezca un nivel elevado de protección de los intereses públicos, como la salud y la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, reconocidos y protegidos por el Derecho de la Unión. Para alcanzar dicho objetivo, conviene establecer normas que regulen la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de determinados sistemas de inteligencia artificial, lo que garantizará el buen funcionamiento del mercado interior y permitirá que dichos sistemas se beneficien del principio de libre circulación de mercancías y servicios. Esas normas deben ser claras y firmes por lo que respecta a proteger los derechos fundamentales, apoyar nuevas soluciones innovadoras, posibilitar un ecosistema europeo de agentes públicos y privados que creen sistemas de inteligencia artificial en consonancia con los valores de la Unión y liberar el potencial de la transformación digital en todas las regiones de la Unión. Al establecer tales normas, así como medidas en apoyo de la innovación que prestan especial atención a las pequeñas y medianas empresas (pymes), incluidas las empresas emergen-

zadi La Ley, Cízur Menor, 2024, págs. 500 y sigs.; “Capítulo IX. Vigilancia poscomercialización, intercambio de información y vigilancia del mercado”, en *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Moisés Barrio Andrés, Director, La Ley, Madrid, 2024, págs. 681 y sigs.

tes, el presente Reglamento respalda el objetivo de promover el enfoque europeo de la inteligencia artificial centrado en el ser humano y de ser un líder mundial en el desarrollo de IA segura, digna de confianza y ética, como indicó el Consejo Europeo, y garantiza la protección de los principios éticos, como solicitó específicamente el Parlamento Europeo.

Señala que son especialmente peligrosos y, por tanto, deben prohibirse la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de determinados sistemas de inteligencia artificial con el objetivo o al efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento humano, con la consiguiente probabilidad de que se produzcan perjuicios considerables, en particular perjuicios con efectos adversos suficientemente importantes en la salud física o mental o en los intereses financieros.

Menciona de forma expresa el sector sanitario y los riesgos al indicar que los sistemas de inteligencia artificial pueden tener un efecto adverso para la salud y la seguridad de las personas, en particular cuando funcionan como componentes de seguridad de productos. En consonancia con los objetivos de la legislación de armonización de la Unión de Facilitar la libre circulación de productos en el mercado interior y de valar por que solo lleguen al mercado aquellos productos que sean seguros y conformes, es importante prevenir y mitigar debidamente los riesgos de seguridad que pueda generar un producto en su conjunto debido a sus componentes digitales, entre los que pueden figurar los sistemas de inteligencia artificial. Por ejemplo, los robots cada vez más autónomos que se utilizan en las fábricas o con fines de asistencia y atención personal deben poner funcionar y des-

empeñar sus funciones de manera segura en entornos complejos. Del mismo modo, en el sector sanitario, donde puede haber repercusiones especialmente importantes en la vida y la salud, los sistemas de diagnóstico y de apoyo a las decisiones humanas cuya sofisticación es cada vez mayor, deben ser fiables y precisos.

En el ámbito de la salud, el espacio europeo de datos sanitarios facilitará el acceso no discriminatorio a datos sanitarios y el entrenamiento, a partir de esos conjuntos de datos, de algoritmos de IA de una manera segura, oportuna, transparente, fiable y que respete la intimidad, y contando con la debida gobernanza institucional. Las autoridades competentes pertinentes, incluidas las sectoriales, que proporcionan acceso a datos o lo facilitan también pueden brindar apoyo al suministro de datos de alta calidad con los que entrenar, validar y probar los sistemas de inteligencia artificial.

Para minimizar los riesgos se establece un sistema de supervisión humana, como indica el artículo 14 de tal forma que estos sistemas de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas.

El objetivo de la supervisión humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos que establece la norma.

Los sistemas de inteligencia artificial que presentan un riesgo se entenderán como «productos que presentan un riesgo» tal como se definen en el artículo 3, punto 19, del Reglamento (UE) 2019/1020, en la medida en que presenten riesgos que afecten a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado hay que indicar la reciente Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828⁽¹¹⁾, que se aplicará a la reparación de bienes adquiridos por los consumidores en caso de que se produzca o manifieste un defecto en los bienes al margen de la responsabilidad del vendedor con arreglo al artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE⁽¹²⁾.

La derogada la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Así como la Normas de Derecho civil sobre robótica adoptadas por Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión

sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL) se relaciona con el otorgamiento o no de una personalidad jurídica a los robots, como se ha manifestado la doctrina, así como la aplicación de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil.

La Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo⁽¹³⁾. Los instrumentos sanitarios en tanto en cuanto productos consideramos su aplicación. Esta norma alude a que la derogada Directiva 85/374/CEE había sido un instrumento eficaz e importante, pero debería revisarse a la luz de los avances relacionados con las nuevas tecnologías, con inclusión de la inteligencia artificial, los nuevos modelos de negocio de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que han dado lugar a incoherencias e inseguridad jurídica, en particular en lo que respecta al significado del término «producto». La experiencia adquirida con la aplicación de dicha Directiva también ha demostrado que las personas perjudicadas se enfrentan a dificultades para obtener una indemnización debido a restricciones a la hora de presentar reclamaciones de indemnización y a las dificultades a la hora de reunir pruebas para demostrar la responsabilidad, especialmente a la luz de la creciente complejidad técnica y científica. Esto incluye las demandas de indemnización por daños relacionados con las nuevas tecnologías. Por lo

¹¹ DOUE núm. 1799, de 10 de julio de 2024.

¹² DOUE núm. 136, de 22 de mayo de 2019.

¹³ DOUE» núm. 2853, de 18 de noviembre de 2024. Véase: Lois, Ana: “El impacto de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en los sistemas de Inteligencia Artificial”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 1006, 2024.

tanto, la revisión de dicha Directiva fomentaría la implantación y aceptación de esas nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial, garantizando al mismo tiempo que los demandantes puedan disfrutar del mismo nivel de protección con independencia de la tecnología de que se trate y que todas las empresas gocen de mayor seguridad jurídica y de unas condiciones de competencia equitativas.

Para garantizar que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos de la Unión sea exhaustivo, la responsabilidad objetiva por daños causados por productos defectuosos debe aplicarse a todos los bienes muebles, incluidos los programas informáticos, incluso cuando estén integrados en otros bienes muebles o instalados en bienes inmuebles.

Los productos en la era digital pueden ser tangibles o intangibles. Los programas informáticos, como los sistemas operativos, los microprogramas, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de inteligencia artificial, son cada vez más comunes en el mercado y desempeñan un papel cada vez más importante para la seguridad de los productos. Los programas informáticos pueden introducirse en el mercado como productos autónomos o, posteriormente, pueden integrarse en otros productos como componentes, y pueden causar daños al ejecutarse. En aras de la seguridad jurídica, debe aclararse en esta Directiva que los programas informáticos son un producto a efectos de la aplicación de la responsabilidad objetiva, independientemente de su modo de suministro o uso, y, por tanto, con independencia de si el programa informático está almacenado en un dispositivo, se accede a él a través de una red de comunicaciones o tecnologías en la nube o

se suministra a través de un modelo de programa informático como servicio. Sin embargo, la información no debe considerarse un producto, por lo que las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos no deben aplicarse al contenido de los archivos digitales, como los archivos multimedia o los libros electrónicos o el mero código fuente de los programas informáticos. Un desarrollador o productor de programas informáticos, incluidos los proveedores de sistemas de inteligencia artificial en el sentido del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, debe ser tratado como un fabricante.

Con objeto de proteger la salud y la propiedad de las personas físicas, el carácter defectuoso de un producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho una persona o que se exige en virtud del Derecho de la Unión o nacional. La valoración del carácter defectuoso debe incluir un análisis objetivo de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar. La seguridad que el público en general tiene derecho a esperar debe valorarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, la finalidad prevista, el uso razonablemente previsto, la presentación, las características objetivas y las propiedades del producto de que se trate, incluido su ciclo de vida previsto, así como las necesidades específicas del grupo de usuarios al que se destina el producto. Algunos productos, como los productos sanitarios de soporte vital, conllevan un riesgo especialmente elevado de daños para las personas y, por lo tanto, generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas. Para tener en

cuenta estas expectativas, el órgano jurisdiccional debe poder considerar defectuoso un producto sin que se declare probado su verdadero carácter defectuoso, cuando pertenezca a la misma serie de producción que un producto cuyo carácter defectuoso ya ha sido probado.

La valoración del carácter defectuoso debe tener en cuenta la presentación del producto. Sin embargo, las advertencias u otra información proporcionada con un producto no pueden considerarse suficientes para que un producto por lo demás defectuoso sea seguro, ya que el carácter defectuoso debe determinarse en función de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar. Por lo tanto, la responsabilidad con arreglo a la Directiva (UE) 2024/2853 no puede eludirse simplemente enumerando todos los efectos secundarios imaginables de un producto. Al determinar el carácter defectuoso de un producto, el uso razonablemente previsible incluye también el uso indebido pero razonable en las circunstancias, como por ejemplo, el comportamiento previsible de un usuario de maquinaria derivado de una falta de concentración o el comportamiento previsible de determinados grupos de usuarios, como los niños.

Esta Directiva se aplica a los productos que se hayan introducido en el mercado o se hayan puesto en servicio después del 9 de diciembre de 2026.

No se aplica a los programas informáticos libres y de código abierto que se desarrollen o suministren fuera del contexto de una actividad comercial. Tampoco es de aplicación a los daños derivados de accidentes nucleares en la medida en que la responsabilidad por tales daños esté cubierta por convenios internacionales ratifica-

dos por los Estados miembros.

La Directiva (UE) 2024/2853 no afecta a la aplicabilidad del Derecho de la Unión referente a la protección de los datos personales, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y las Directivas 2002/58/CE y (UE) 2016/680; ni tampoco a los derechos que la persona perjudicada tenga en virtud de las normas nacionales en materia de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual por motivos distintos del carácter defectuoso de un producto con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva (UE) 2024/1799, incluidas las normas nacionales por las que se aplica el Derecho de la Unión, y los derechos que la persona perjudicada tenga con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad vigente a 30 de julio de 1985.

Se considera como producto, según el artículo 4 de la Directiva (UE) 2024/2853 a cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble o interconectado con estos; incluye la electricidad, los archivos de fabricación digital, las materias primas y los programas informáticos.

El derecho a indemnización que contempla el artículo 6 de la Directiva (UE) 2024/2853 se aplicará en una serie de daños entre los que se encuentran los daños a cualesquiera bienes, o destrucción de los mismos, con excepción del propio producto defectuosos, un producto dañado por un componente defectuoso integrado en ese producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o bajo su control, los bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales.

El derecho a indemnización cubrirá todas las pérdidas materiales derivadas de los daños a los que alude el artículo 1 de la Directiva (UE)

2024/2853. También se cubrirán los daños morales derivados de los daños a que se refiere el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva (UE) 2024/2853, en medida en que puedan ser indemnizados con arreglo al Derecho nacional.

Este precepto no afecta al derecho nacional relativo a las indemnizaciones en virtud de otros regímenes de responsabilidad.

Se considera como producto defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional.

Para valorar el carácter defectuoso de un producto se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluso las siguientes:

1. La presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento.
2. El uso razonablemente previsible del producto.
3. El efecto en el producto de toda capacidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio.
4. El efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión.
5. El momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el pro-

ducto dejó de estar bajo el control del fabricante.

6. Los requisitos de seguridad del producto pertinentes, incluidos los requisitos de ciberseguridad pertinentes para la seguridad.
7. Cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico contemplado en el artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853.
8. Las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto.
9. En el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto.

Un producto no se considera defectuoso por la única razón de que un producto mejor, incluidas las actualizaciones o mejoras para un producto, ya se haya introducido en el mercado o puesto en servicio, o se introduzca en el mercado o se ponga en servicio posteriormente.

Son responsables de los productos defectuosos los siguientes operadores económico según indica el artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853:⁽¹⁴⁾

¹⁴ El artículo 12 de la Directiva (UE) 2024/2853 contempla la responsabilidad de múltiples operadores económicos y determina que sin perjuicio de las disposiciones nacionales en relación con los derechos de división de la responsabilidad o de repetición, los Estados miembros garantizarán que, cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños con arreglo a la Directiva (UE) 2024/2853, puedan ser considerados responsables solidariamente.

El fabricante que incorpore un componente de programa informático en un producto no tendrá derecho de repetición frente al fa-

- a) El fabricante de un producto defectuoso.
- b) El fabricante de un componente defectuoso, cuando dicho componente esté integrado en un producto bajo su control, o esté interconectado con él, y haya causado que dicho producto sea defectuoso, y sin perjuicio de la responsabilidad del fabricante a que se refiere la letra a), y
- c) En el caso de un fabricante de un producto o componente establecido fuera de la Unión, y sin perjuicio de la responsabilidad de dicho fabricante: el importador de un producto o componente defectuoso, el representante autorizado del fabricante, y cuando no haya un importador establecido en la Unión o un representante autorizado, el prestador de servicios logísticos.

La responsabilidad del fabricante cubrirá también cualquier daño causado por un componente defectuoso cuando esté integrado en un producto bajo su control o esté interconectado con él.

Cualquier persona física o jurídica que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y que posteriormente lo

comercialice o ponga en servicio se considerará fabricante del producto.

Los Estados miembros garantizarán que, cuando no pueda identificarse a un operador económico de entre los indicados en el artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853 y establecido en la Unión, cada distribuidor del producto sea responsable en los casos siguientes: la persona perjudicada solicite al distribuidor que identifique a un operador económico de entre los indicados en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853 y establecido en la Unión, o a su propio distribuidor que le haya suministrado el producto, y el distribuidor no identifique a un operador económico o a su propio distribuidor, tal y como se contempla en la letra a) del artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud a que se refiere la letra mencionada.

El apartado 3 del artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853 también se aplicará a cualquier proveedor de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes y que no sea operador económico, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 3, del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).⁽¹⁵⁾

bricante de un componente de programa informático defectuoso que cause daños cuando: el fabricante del componente de programa informático defectuoso, en el momento de la introducción en el mercado de ese componente de programa informático, era una microempresa o una pequeña empresa, es decir, una empresa que, evaluada junto con todas sus empresas asociadas en el sentido del artículo 3, apartado 2, del anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, en su caso, sea una microempresa tal y como se define en el artículo 3, apartado 3, de ese anexo si alguna de ellas es una microempresa, tal como se define en el artículo 2, apartado 3, del anexo, o una pequeña empresa, tal como se define en el artículo 2, apartado 2, del anexo, y el fabricante que incorporó el componente de programa informático defectuoso en el producto acordó contractualmente con el fabricante del componente de programa informático defectuoso renunciar a ese derecho.

¹⁵ DOUE núm. 277, de 27 de octubre de 2022. Dispone este precepto que El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible

Cuando las víctimas no obtengan una indemnización porque ninguna de las personas que se indican en el artículo 8 de la Directiva (UE) 2024/2853 pueda ser considerada responsable o porque sean insolventes o no existan, los Estados miembros podrán utilizar los sistemas nacionales de indemnización sectoriales en vigor o establecer otros nuevos con arreglo al Derecho nacional, que preferiblemente no se financien con ingresos públicos, con la finalidad de indemnizar de forma adecuada a las personas perjudicadas que hayan sufrido daños causados por productos defectuosos.

El artículo 10 de la Directiva (UE) 2024/2853 regula la carga de la prueba. Se garantizará que se exija al demandante que demuestre el carácter defectuoso del producto, el daño sufrido y el nexo causal entre ese carácter defectuoso y el daño.

Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando se cumpla alguna de estas condiciones:

- a) El demandado no haya exhibido las pruebas pertinentes de acuerdo con lo indicado en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva (UE) 2024/2853.
- b) El demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad del producto establecidos en el Derecho de la Unión o nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada, o

- c) El demandante demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento manifiesto del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales.

Se presumirá el nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño cuando se haya comprobado que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión.

El órgano jurisdiccional nacional presumirá el carácter defectuoso del producto o el nexo causal entre su carácter defectuoso y el daño, o ambos, cuando, a pesar de la exhibición de pruebas de conformidad con el artículo 9 de la Directiva (UE) 2024/2853 y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso: el demandante se enfrente a dificultades excesivas, en particular debido a la complejidad técnica o científica para demostrar el carácter defectuoso del producto o el nexo causal entre su carácter defectuoso y el daño, o ambos, y el demandante demuestre que es probable que el producto sea defectuoso o que exista un nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño, o ambos.

El demandado tendrá derecho a refutar cualquiera de las presunciones que indica el artículo 10, apartados 2, 3 y 4 de la Directiva (UE) 2024/2853.

Se contemplan distintos supuestos de exención de responsabilidad de tal forma que los operadores económicos no serán responsables de los daños causados por un producto defectuoso si demuestran, tal y como indica el artículo 11 de la Directiva (UE) 2024/2853 que en el caso de un fabricante o importador, que no ha introducido el producto en el mercado

de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

ni lo ha puesto en servicio; en el caso de un distribuir, que no ha comercializado el producto; que es probable que el carácter defectuoso que haya causado el daño no existiera en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, en el caso de un distribuidor, comercializado, o que ese carácter defectuoso se originase después de ese momento; que el carácter defectuoso que haya causado el daño se debe a que el producto cumple requisitos legales; que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o durante el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso; en el caso de un fabricante de un componente defectuoso, a que se refiere el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, letra b) de la Directiva (UE) 2024/2853, que el carácter defectuoso del producto en el que se ha incorporado dicho componente sea imputable al diseño de ese producto o a las instrucciones dadas por el fabricante de tal producto al fabricante de dicho componente; en el caso de una persona que modifica un producto según lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva (UE) 2024/2853, que el carácter defectuoso que haya causado el daño esté relacionado con una parte del producto no afectada por la modificación.

No obstante lo indicado en el apartado 1, letra c) del artículo 11 de la Directiva (UE) 2024/2853, un operador económico no estará exento de responsabilidad cuando el defecto de un producto se deba a alguna de las causas siguientes, siempre que esté bajo el control del fabricante:

- a) Un servicio conexo;
- b) Programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos;
- c) Falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos necesarias para mantener la seguridad;
- d) Una modificación sustancial del producto.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial⁽¹⁶⁾ alude a los riesgos que pueden producir los sistemas de inteligencia artificial sobre el respeto de los derechos fundamentales de la ciudadanía, como por ejemplo los relativos a la discriminación y a la protección de datos personales, o incluso causar problemas graves sobre la salud o la seguridad de los ciudadanos.

Indica que como la propuesta del Reglamento (ahora ya publicado) por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, establece una regulación armonizada europea basada en los riesgos derivados de los sistemas de inteligencia artificial. En este se establecen normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión Europea, con un importante foco en sistemas de inteligencia artificial de “alto riesgo” para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas.

¹⁶ BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2023.

Respecto de los sistemas robotizados de diagnóstico, consideramos que se aplicaría lo que se indica respecto de los sistemas inteligentes que se vayan a utilizar como un componente que cumple una función de seguridad y cuyo fallo o defecto de funcionamiento pone en peligro la salud y la seguridad de las personas o los bienes en un producto regulado por una norma armonizada de la Unión Europea, si debe someterse a una evaluación de conformidad por parte de un tercero con vistas a la introducción en el mercado o puesta en servicio de dicho producto con arreglo a la legislación de armonización aplicable. Este supuesto será aplicable, aunque el sistema de inteligencia artificial se comercialice o se ponga en servicio independientemente del producto.

También interesa mencionar el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial⁽¹⁷⁾ en el que se indica que uno de los fines de la misma es La supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad, la igualdad de trato y no discriminación, en particular entre mujeres y hombres, y para los demás derechos fundamentales.

6. Conclusiones

El diagnóstico médico por robots representa un cambio paradigmático en la atención sanitaria, con el potencial de mejorar significativamente la precisión y accesibilidad del diagnóstico. El avance en el diagnóstico médico por

robots requiere un equilibrio entre innovación tecnológica y garantías legales y éticas. Es preciso desarrollar marcos regulatorios que definan los estándares mínimos de seguridad, precisión y transparencia para los sistemas de diagnóstico automatizado.

Los médicos y personal sanitario deben recibir formación sobre el uso correcto de estas tecnologías, así como sobre sus limitaciones.

El impacto de los robots en la relación médico-paciente, la equidad en el acceso a los servicios y otros aspectos éticos deben ser monitorizados y evaluados de forma constante.

Se necesita una colaboración interdisciplinar por parte de todos los operadores implicados ya que el desarrollo y la implementación de los sistemas no es solamente cuestión del ámbito médico, sino también jurídico y social.

En el ámbito de la responsabilidad por daños hay que atender a lo indicado en la Directiva (UE) 2024/2853 respecto del tipo de responsabilidad aplicable y la consideración del producto como defectuoso teniendo en cuenta las circunstancias a las que se refieren los preceptos indicados.

7. Bibliografía

- AA.VV.: *La Carta de Derechos Digitales*, Lorenzo Cotino Hueso, Coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Atienza Navarro, María Luisa: “Una aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial de 27 de abril de 2020”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020.
- Atienza Navarro, María Luisa: *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona, 2022.

¹⁷ BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2023.

- Atienza Navarro, María Luisa: “¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2023, págs. 1-53. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/415760/510567> (Consultado el 31 de diciembre de 2024).
- Atienza Navarro, María Luisa: “Seguro de responsabilidad civil y daños causados por inteligencia artificial”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 6, 2023, págs. 143-170.
- Atienza Navarro, María Luisa: “¿Daños nuevos, reglas nuevas para su indemnización? Responsabilidad civil e inteligencia artificial a la luz de las últimas Propuestas de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 64, 2024.
- Atienza Navarro, María Luisa: “La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial: estado de la cuestión”, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Natalia Álvarez Lata, Coordinadora, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, págs. 341-409.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Automatización y obsolescencia humana”, en *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Agustí Cerrillo i Martínez y Miquel Peguera Poch, Coordinadores, Aranzadi, Cizur Menor, España, 2020, págs. 113-124.
- Cobas Cobiella, María Elena y Pérez Cobas, Ana Elena: “Medicina personalizada. Retos para el derecho”, en *Derecho y medicina: desafíos tecnológicos y científicos*, Dykinson, Madrid, 2023, págs. 129-152.
- Gobierno de España: *Carta de Derechos Digitales*, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (Consultado el 30 de diciembre de 2024).
- Lois, Ana: “El impacto de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en los sistemas de Inteligencia Artificial”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 1006, 2024.
- Ramón Fernández, Francisca: “La imputación basada en la culpa. Concepto y criterios de imputación subjetiva”, en *Derecho de Daños*, Mario E. Clemente Meoro y María Elena Cobas Cobiella, Directores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 451-478.
- Ramón Fernández, Francisca: “Sistemas de gestión de calidad, documentación técnica y conservación en el Reglamento”, en *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Lorenzo Cotino Hueso y Pere Simó Castellanos, Coordinadores, Aranzadi La Ley, Cizur Menor, 2024, págs. 500-514.
- Ramón Fernández, Francisca: “Capítulo IX. Vigilancia poscomercialización, intercambio de información y vigilancia del mercado”, en *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Moisés Barrio Andrés, Director, La Ley, Madrid, 2024, págs. 681-687.

VIOÊNCIA OBSTÉTRICA, DIREITOS DAS MULHERES E TUTELA JURÍDICA (*)

Vânia Simões (**)

RESUMO: *A Lei nº 110/2019, de 9 de setembro, consiste num diploma anti discriminatório visando (r) estabelecer a autonomia da mulher sobre o seu corpo na gravidez, parto e puerpério, por forma a erradicar este-reótipos, discriminações e violências baseadas no género em matéria de prestação de cuidados de saúde materna e obstétrica, especialidade médica e de enfermagem em que o papel de mãe tem especial relevância. Tal diploma traduz especificidades em matéria de responsabilidade civil médica: i) ilícitos específicos em sede de responsabilidade médica, ii) doutrina específica em matéria de repartição do ónus da prova, iii) regime paritário em matéria de responsabilidade civil médica advinda de instituições públicas, privadas e setor social em contexto de obstetrícia, iv) especificidades em matéria de produção e valoração de prova e v) necessidade de análise e julgamento numa perspetiva de género das ações judiciais decorrentes de situações de violência obstétrica.*

Palavras-chave: *violência obstétrica; maternidade; responsabilidade médica; direito anti discriminatório; direitos das mulheres;*

ABSTRACT: *The Law nº 110/2019, of September 9, is an anti-discriminatory diploma aimed at (r) establishing the autonomy of women over their bodies during pregnancy, childbirth and puerperium, in order to eradicate stereotypes, gender-based discrimination and violence concerning maternal and obstetric care, a medical and nursing specialty which the mother's role is particularly relevant. Although this Law does not mention the term "obstetric violence" within it, this law represents a normative instrument for preventing and eradicating obstetric violence in the Portuguese legal system, in which specific rights are established for women as user/patients, inherent to their reproductive capacity. This law establish specificities in matters of medical civil liability: i) specific illicit in terms of medical liability, ii) specific doctrine in terms of the burden of proof, iii) equal regime in matters of medical civil liability arising from public and private institutions and social sector in the context of obstetrics, iv) specificities in terms of production and evaluation of evidence and v) need for analysis and judgment from a gender perspective of court lawsuits arising from situations of obstetric violence.*

Keywords: *obstetric violence; maternity; medical liability; anti-discrimination law; women's rights.*

I. Do conceito

Na interseção da violência de género com a violência nos cuidados de saúde,⁽¹⁾ surge a violên-

(*) Este artigo foi feito a partir da tese de Doutoramento em Direito para obtenção do Grau de Doutora em Direito, defendida e aprovada no dia 18 de julho de 2024 junto da Universidade Nova de Lisboa – Faculdade de Direito, *Nova School of Law*.

(**) Doutora em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Advogada e Professora convidada. Presidente da Associação Portuguesa pelos direitos da mulher na gravidez e parto. Investigadora CEDIS -NOVA e Nascer.pt.

¹ Em matéria de violência nos cuidados de saúde veja-se o Plano nacional de prevenção da violência no setor da saúde, aprovado pela Resolução n.º 1/2022, de 5 de janeiro. No artigo 1º, refere-se que a

cia obstétrica, um tipo de violência institucional que comporta causas e características específicas que a autonomizam enquanto forma de violência.

O termo “violência obstétrica” é geralmente utilizado para aludir a uma forma de violência institucional perpetrada contra as mulheres em situação de gravidez, parto e puerpério no âmbito dos cuidados de saúde materna que lhes são prestados.⁽²⁾

Trata-se, pois, de um problema de saúde pública que afeta as mulheres na condição de progenitora (ou potencial progenitora),⁽³⁾ sendo uma “violência circunstancial”.⁽⁴⁾

Tal forma de violência pode assumir diversas dimensões, nomeadamente, física (*v.b.* a Manobra de Kristeller), psicológica (*v.b.* comentários inapropriados), sexual (*v.b.* a episiotomia de rotina) e institucional (*v.b.* impedir a entrada do acompanhante).⁽⁵⁾

A Organização Mundial de Saúde refere na Declaração sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde (2014), que podem estar em causa “abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a assistência ao parto (...) violência física, humilhação profunda e

abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos, falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, (...) recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto (...).”⁽⁶⁾

Segundo o Inquérito de Experiências de Parto ocorridas em Portugal relativo ao período de 2015 a 2019 – 2ª edição, realizado pela Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto, uma em cada três mulheres afirma ter sido alvo de violência obstétrica em Portugal.⁽⁷⁾ Já na primeira edição do inquérito realizado em 2015 se tinha apurado que 44% das mulheres não tinha tido o parto que queria.⁽⁸⁾ A ausência do termo no ordenamento jurídico português levou a que estes casos fossem enquadrados e julgados como se casos de negligência médica se tratassem.

Somente em 2019, o Conselho da Europa, reconheceu a violência ginecológica e obstétrica como forma de violência de género no âmbito da prestação dos cuidados de saúde das respetivas especialidades, na Resolução nº 2306/2019, de 3 de outubro.⁽⁹⁾ Este reconhecimento ocor-

violência nos cuidados de saúde são “todas as situações em que um trabalhador, independentemente do seu vínculo jurídico, a desempenhar funções numa instituição que presta cuidados ou serviços de saúde do Ministério da Saúde, independentemente da sua natureza jurídica, é submetido a qualquer tipo de violência em condições relacionadas com o seu trabalho, incluindo as deslocações para e do trabalho, colocando em risco, de forma direta ou indireta, a sua segurança, bem-estar ou saúde ou os de terceiros”. Porém, esta definição circunscreve-se à violência contra os profissionais de saúde.

² Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto (2015).

³ Nos casos de procriação medicamente assistida, por exemplo.

⁴ Paula Ribeiro de Faria, A criminalização da violência obstétrica e os limites constitucionais de intervenção do direito penal, p.1764.

⁵ Vânia Simões, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, p. 79-82.

⁶ Disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?sessionid=9DCC1A-C41FFF130231E12D7A58F73541?sequence=3, último acesso em 4/11/2023, 20h55 UTC.

⁷ Disponível em https://associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experie%CC%82ncias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf, p.61, último acesso 4/11/2023, 20h56 UTC.

⁸ Disponível em https://associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experie%C3%A2ncias_Parto_Portugal_2012-2015.pdf, p.14, último acesso 4/11/2023, 20h57 UTC.

⁹ Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28236&lang=en&fbclid=IwAR1Fs>

reu após a publicação do Relatório especial da Organização das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com enfoque no parto e violência obstétrica, de 11 de julho de 2019, que menciona o termo, expondo práticas de violência obstétrica em diversos países.⁽¹⁰⁾ Desde então que o Comité CEDAW passou a utilizar o termo para “censurar” a Espanha em diversos casos em que foi suscitada a apreciação da violação de Direitos Humanos de mulheres na assistência obstétrica que receberam.⁽¹¹⁾

No que ao contexto nacional diz respeito, foi aprovada em 2019, a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, que estabelece os princípios, direitos e deveres aplicáveis em matéria de proteção na preconcepção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério, tem na sua génese a prevenção e

erradicação da violência obstétrica em Portugal, mediante, por exemplo, a promoção da literacia da mulher na saúde (artigo 15º C nº 6 da Lei 15/2014, de 21 de março), por forma a promover a participação ativa da mulher no seu parto, bem como ao proceder à proteção legal do plano de parto (artigo 15º D nº 3 e artigo 15º E ambos da Lei nº 15/2014, de 21 de março).

Um conceito de violência obstétrica amplamente difundido é o da legislação venezuelana, que nos refere que a violência obstétrica consiste na “*apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, que se expressa num tratamento desumanizado, abuso de medicalização quanto a processos naturais, levando à perda de autonomia e capacidade decisória das mulheres sobre os seus corpos e sexualidade, com impacto negativo na qualidade de vida das mulheres (tradução nossa)*”,⁽¹²⁾ o qual foi adotado no Projeto-lei nº 268/XVI/1, aprovado na generalidade em 2 de outubro de 2024, da iniciativa do Bloco de Esquerda.⁽¹³⁾

O conceito apresentado, tal como outros conceitos legais de violência obstétrica a que faremos referência, centram-se apenas nas prá-

37

3dBoi-tKCM7djPEsTgGik2ZWjLbuBM4yDjfdPvo2FX5imvAE6xSow, último acesso 4/11/2023, 20h57 UTC.

¹⁰ Dubravka Simonovic, Relatório especial sobre Direitos Humanos e violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com enfoque no parto e violência obstétrica, de 11 de julho de 2019, <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?ln=en>, último acesso 21/11/2023, 16h46 UTC.

¹¹ Decisões CEDAW/C/75/D/138/2018, CEDAW/C/82/D/149/2019 e CEDAW/C/84/D/154/2020, todas disponíveis e publicados a partir de 2020 em <https://digitallibrary.un.org/>. Na decisão CEDAW/C/75/D/138/2018 (p.13) refere-se que: “*el Comité considera que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a ser protegida contra la violencia de género, en el caso presente la violencia obstétrica, y que las autoridades encargadas de analizar la responsabilidad por tales actos deben ejercer especial cautela para no reproducir estereotipos.*” Na decisão CEDAW/C/82/D/149/2019 (p.17) refere-se que: “*las consecuencias físicas y psicológicas que los eventos tuvieron para la autora, constituyen violencia obstétrica.*”. Na decisão CEDAW/C/84/D/154/2020 (p.16) refere-se que: “*El Comité considera que el cúmulo de hechos del presente caso, en particular, la pérdida de dignidad, el abuso y el maltrato sufrido por la autora, la aplicación irregular de anestesia epidural y la falta de consideración de patologías previas sin el consentimiento informado y/o sin haber justificado la necesidad de dichas intervenciones y la omisión en recabar el consentimiento informado previo a realizar una cesárea, todo lo cual dejó secuelas físicas y psicológicas en la autora, constituyen violencia obstétrica.*”

¹² Artigo 15º nº 13 da Lei Venezuelana nº38.668 de 23 de abril de 2007.

¹³ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=284092>. O projeto-lei nº 912/xiv/2ª (caducado) considerou a violência obstétrica “*qualquer conduta direccionada à mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, praticada sem o seu consentimento, que consubstanciando um acto de violência física ou psicológica, lhe cause dor, dano ou sofrimento desmesurado ou limite o seu poder de escolha e de decisão.*” Disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395935565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e4459334d545978596a45744e5467334d7930304d5451334c546b304e6a49745954526a595745784d7a59784e5467314c6d527659773d3d&fich=467161b1-5873-4147-9462-a4caa1361585.doc&Inline=true>, último acesso 4/11/2023, 21h02 UTC.

ticas assistenciais dirigidas às mulheres, não fazendo menção à violência contra o recém-nascido. Assim, a generalidade dos conceitos legais de violência obstétrica não abrange a designada “violência pediátrica”⁽¹⁴⁾ no seu âmbito. A “violência pediátrica” ocorre aquando da assistência médica aos recém-nascidos em sede de cuidados neonatais e diz respeito a maus-tratos institucionais de que os mesmos possam ser alvo, podendo traduzir-se em internamentos desnecessários (incluindo em alas de adultos), assistência por profissionais não especializados, imobilizações na cama e aplicação de procedimentos de rotina ainda que desnecessários, os quais podem ocorrer sem a consulta prévia dos pais do recém-nascido.⁽¹⁵⁾ Vacafior defende que as más práticas assistenciais dirigidas às mulheres em matéria de cuidados obstétricos assentam na defesa, pelos profissionais de saúde, de um direito a um nascimento seguro do nascituro.⁽¹⁶⁾

São variados os conceitos apresentados para definir a violência obstétrica, não havendo, contudo, um consenso no que toca ao mesmo. A violência obstétrica designa um fenómeno complexo e que pode envolver diversas dimensões de violência (física, psicológica, sexual e institucional),⁽¹⁷⁾ motivo que dificulta a sua conceptualização. A falta de consenso quanto ao conceito

prende-se também pelo facto das práticas que consubstanciam violência obstétrica não serem unânimes na comunidade científica.⁽¹⁸⁾

De notar ainda que Suellen Miller et al., frisam que a violência obstétrica assume moldes diferentes em “países desenvolvidos” e “subdesenvolvidos”, referindo que nos países desenvolvidos existe um “excesso” de cuidados, prestados de modo precoce – “*too much, too soon*”, e que nos países subdesenvolvidos, pelo contrário, a dificuldade de acesso a cuidados de saúde materno-infantis é um problema que pode inclusivamente comprometer a adequação dos cuidados de saúde prestados, remetendo-nos para uma realidade de “*too little, too late*”.⁽¹⁹⁾ Estas realidades divergentes de violência obstétrica acabam por dificultar quer a conceptualização, quer a categorização da violência obstétrica.⁽²⁰⁾ Diversos conceitos são propostos na literatura para definir a violência obstétrica como “*a apropriação do corpo da mulher, no qual os profissionais de saúde geram danos à mulher du-*

¹⁴ Francesc Botet, *Violencia Obstétrica. Visión desde la neonatología*, p.145.

¹⁵ Francesc Botet, *Violencia Obstétrica. Visión desde la neonatología*, p.145. A violência pediátrica é inclusivamente relevada no Relatório especial da Organização das Nações Unidas de 11/7/2019, sobre Direitos Humanos e violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com enfoque no parto e violência obstétrica, p.13 e 14.

¹⁶ Carlos Vacafior, *Obstetric violence in Argentina: a study on the legal effects of medical guidelines and statutory obligations for improving the quality of maternal health*, p.7.

¹⁷ Vânia Simões, *A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género*, p.79.

¹⁸ Podemos dar o exemplo da episiotomia como foco de divergências. As Recomendações da Organização Mundial de Saúde (2018) não recomendam a sua prática, mas a Ordem dos Médicos defende que: “ser necessária em 20 a 30% dos partos vaginais não instrumentados, isto é, sem aplicação de ventosa ou fórceps, podendo a taxa duplicar quando se realizam as intervenções referidas.” Ordem dos Médicos, [Esclarecimentos ao parecer jurídico a propósito da problemática da dita “violência obstétrica” e da publicação da Resolução da AR de 21/11/2021](https://ordemdosmedicos.pt/esclarecimentos-ao-parecer-juridico-a-proposito-da-problematica-da-dita-violencia-obstetrica-e-da-publicacao-da-resolucao-da-ar-de-21/11/2021). Aliás, neste esclarecimento a Ordem dos Médicos expõe o seu posicionamento quanto às práticas médicas que são tidas como violência obstétrica, explicitando em que situações podem ser realizadas, esclarecimentos disponíveis em <https://ordemdosmedicos.pt/esclarecimentos-ao-parecer-juridico-a-proposito-da-problematica-da-dita-violencia-obstetrica-e-da-publicacao-da-resolucao-da-ar/>, último acesso 4/11/2023, 21h01 UTC.

¹⁹ Suellen Miller et al., *Beyond too little, too late and too much, too soon: a pathway towards evidence-based, respectful maternity care worldwide*, p.1.

²⁰ Dubravka Simovic, Relatório especial sobre Direitos Humanos e violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com enfoque no parto e violência obstétrica, de 11 de julho de 2019, <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?ln=en>. Último acesso 21/11/2023, 16h46 UTC.

rante a gestação através de ações ou omissões que se materializam em abuso”⁽²¹⁾ ou “toda ação ou omissão direcionada à mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério, que cause dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher, praticada sem o seu consentimento explícito ou em desrespeito à sua autonomia”,⁽²²⁾ ou, “o tratamento desumanizado e excesso de medicalização na assistência ao parto”⁽²³⁾ ou “a prática de condutas que violam os direitos da mulher de ter uma gestação, e tudo o que dela decorre, de forma segura, com respeito e dignidade”⁽²⁴⁾ ou ainda “práticas que atentam contra a integridade física e/ou moral das mulheres no âmbito da assistência obstétrica (mas também ginecológica – no caso da violência ginecológica)”.⁽²⁵⁾ Na doutrina nacional, Diana Coutinho define-a como o desrespeito dos direitos das mulheres enquanto utentes/pacientes.⁽²⁶⁾

Dos conceitos aqui apresentados, entendemos que os mesmos (à semelhança de outros encontrados) têm reparos a apontar do ponto de vista jurídico ou, devido à indeterminação dos conceitos “apropriação”, “tratamento desumanizado” ou “excesso de medicalização” ou pela inclusão de situações de ocorrência exclusiva de erro e/ou negligência médica na abrangência do

conceito, posição com a qual não concordamos, pois erros e negligências ocorrem em todas as especialidades médicas/de enfermagem e não apenas em obstetria, pois “errar é humano”.

Propomos assim o seguinte conceito de violência obstétrica: violação dolosa dos direitos da mulher na qualidade de utente/paciente, ou seja, no âmbito da prestação de cuidados de saúde obstétrica. A título de exemplo damos o caso do “bebé sem rosto”, Rodrigo, que nasceu em 2019 (sem olhos, nariz e parte do crânio), em Setúbal, não tendo o obstetra diagnosticado as malformações do feto nas ecografias do pré-natal.⁽²⁷⁾ Ora, neste caso, entendemos que está em causa uma situação de negligência médica e não de violência obstétrica, pese embora o caso tivesse ocorrido no âmbito da assistência à gravidez e a conduta negligente fosse imputada a um obstetra. Da factualidade trazida a público sobre este caso, não vislumbramos qualquer indício de ocorrência de violência obstétrica no âmbito da assistência prestada.

Optamos por não identificar agentes concretos no conceito apresentado, nomeadamente, profissionais de saúde, pois entendemos que outros agentes podem praticar violência obstétrica, como funcionários diversos das instituições (que não sejam profissionais de saúde) onde as mulheres são atendidas.

De atentar ainda que em situações de violência institucional, pode não ser possível imputar a conduta de violência obstétrica a nenhum agente em concreto, pelo que nesta dimensão de violência poderá não estar associado qualquer dolo na situação que afeta a mulher.

²¹ Ana Jéssica Soares Viana e Luciana Fernandes Berlini, Responsabilidade Civil do Médico em casos de violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, p.81.

²² Adotado por Leila Katz et al., em Who is afraid of obstetric violence?.

²³ Josefina Goberna-Tricas, El concepto violencia obstétrica y el debate actual sobre la atención al nacimiento, p.11.

²⁴ Roberta Magalhães, Violência obstétrica no contexto da violência feminina, p.99.

²⁵ Lucile Queré, Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique, p.414 (tradução nossa).

²⁶ Diana Coutinho, Igualdade de género, direitos reprodutivos e direitos da parturiente: breves notas, p.343.

²⁷ <https://www.jn.pt/justica/pais-do-bebe-sem-rosto-entregam-pedido-de-indemnizacao-em-tribunal-14807876.html>, último acesso 4/11/2023, 21h03 UTC.

A adoção da terminologia “violência obstétrica” remete-nos necessariamente para a análise do conceito de violência, plasmado no Relatório Mundial sobre Violência e Saúde (2002), tendo este Relatório surgido na sequência da aprovação da Resolução WHA49.25, na 49ª Assembleia Mundial da Organização Mundial de Saúde, na qual se considerou a violência um problema de saúde pública.⁽²⁸⁾ Segundo a Organização Mundial de Saúde, a violência representa *“o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.”*⁽²⁹⁾

A Organização Mundial de Saúde adota uma noção abrangente de violência por forma a abarcar neste conceito todos os possíveis tipos de danos emergentes de atos violentos, abrangendo ainda no conceito de violência, o exercício do poder.⁽³⁰⁾ Efetivamente, o dolo reflete esta vertente de violência, a do exercício do poder.

Como melhor notaremos, a relação estabelecida entre a mulher e os profissionais de saúde no âmbito do contexto de assistência à gravidez, parto e puerpério é considerada uma relação desigual/assimétrica, em que os profissionais de saúde fazem sobressair a sua autoridade diante da mulher em casos de “falta de colaboração” da mesma, convertendo-se esta assimetria numa relação de dominância e opressão da utente/

paciente. No Hospital, instituição burocrática, coexistem diversos tipos de poder, entre os quais, o poder médico ao qual a mulher está sujeita durante a assistência que lhe é prestada.

Outras expressões alternativas ao termo violência obstétrica são adotadas como “vulnerabilidade obstétrica”, “maus-tratos institucionais”, “faltas de respeito”, “violências”, “invasão de liberdade ou intimidade”, “maus-tratos no parto”, “abuso obstétrico” ou “violência no parto”, sendo a terminologia “violência obstétrica” a mais utilizada nos países latinos e latino-americanos.⁽³¹⁾ Já na literatura anglo-saxónica prevalecem as expressões “abuse”, “mistreatment” e “disrespect”.

No âmbito do presente estudo, adotaremos o termo “violência obstétrica” em detrimento de outros aqui mencionados, não só pelo facto do termo “violência obstétrica” ser o mais utilizado nos países da Europa Ocidental (Espanha, Itália e França), mas também pelo facto do termo ser utilizado pela Organização das Nações Unidas e pelo Comité CEDAW. De referir ainda que o termo consta na Resolução n.º 2306/2019, de 3 de outubro, do Conselho da Europa, tendo sido “reconhecido” em Portugal, através da Resolução n.º 181/2021, de 28 de junho, que recomenda ao Governo a eliminação de práticas de violência obstétrica e a realização de um estudo sobre as mesmas, bem como ainda, no Projeto-lei n.º 962/XV/2ª,⁽³²⁾ no Projeto-lei n.º 963/XV/2ª⁽³³⁾ e no

²⁸ Organização Mundial de Saúde, Relatório Mundial sobre violência e saúde, p.4.

²⁹ Organização Mundial de Saúde, Relatório Mundial sobre violência e saúde, p.5.

³⁰ Organização Mundial de Saúde, Relatório Mundial sobre violência e saúde, p.5.

³¹ Montserrat Payá Sánchez e Júlia Martín Badia, Violencia Obstétrica: la lacra detrás del parto feliz, p.72.

³² Que promove a erradicação da violência obstétrica em Portugal.

³³ Que cria a Comissão Nacional para os Direitos na gravidez e parto.

Projeto-resolução nº 947/XV/2^a,⁽³⁴⁾ apresentados junto da Assembleia da República em 2023, pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda. O termo surge ainda numa Recomendação ao Governo Regional dos Açores para a prevenção e combate à violência obstétrica na Região,⁽³⁵⁾ mas também na Contribuição do Provedor de Justiça de Portugal para o Estudo da Federação Iberoamericana de Ombudsmen sobre Direitos Reprodutivos e Violência Obstétrica,⁽³⁶⁾ bem como ainda, no caducado Projeto-lei nº 912/XIV/2^a e no aprovado Projeto-lei nº 268/XVI/1, em 2 de outubro de 2024.

II. Da relação profissional de saúde/mulher

A violência obstétrica enquanto forma de violência institucional adveio da rigidez e burocracia existente nas instituições de saúde, que se repercutem num modelo de assistência despersonalizados, baseado em rotinas de atendimento, no anonimato das relações estabelecidas, comunicação ineficaz entre profissionais de saúde e mulheres e ainda pelo tecnicismo, isto é, um modelo em que é dada primazia à técnica em detrimento da relação humana dos profissionais de saúde com os utentes/pacientes.

É no hospital, entidade burocrática e rígida, que coexistem dois tipos de poderes que se fazem sentir na relação profissional de saúde/utente/paciente: o poder administrativo e o poder médico. A institucionalização do parto

hospitalar como norma, submeteu assim a mulher aos paradigmas existentes na relação hospital/utente, profissional de saúde/utente, pese embora estejamos, regra geral, perante eventos fisiológicos.

Assim, a própria estrutura hierárquica existente na instituição entre os próprios profissionais de saúde reflete-se no tratamento da mulher, uma relação de trato hegemónico,⁽³⁷⁾ vertical, com assimetrias entre as partes.⁽³⁸⁾ No topo dessa hierarquia está o profissional de saúde com a autoridade técnico-científica sobre os corpos das mulheres, que é apontada por Starr como a fonte do poder médico ou dos profissionais de saúde⁽³⁹⁾ e na base, a mulher. Este desequilíbrio na relação entre profissionais de saúde/mulheres, que se supunha serem relações de trato horizontal, podem assumir a faceta de violência de género,⁽⁴⁰⁾ conjugando-se a circunstância das utentes serem mulheres e o exercício que os profissionais de saúde fazem da sua autoridade e saber, no controlo dos corpos e da sexualidade das mesmas.⁽⁴¹⁾ Acresce, portanto, à relação profissional de saúde/utente, que já é uma relação por natureza desigual, o facto da utente ser mulher e estar a receber assistência nessa qualidade.⁽⁴²⁾

41

³⁴ Que consagra o dia 6 de novembro como o dia para a eliminação da violência obstétrica em Portugal.

³⁵ Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-legislativa-regiao-autonoma-cores/44-2023-224081978>, último acesso 1/12/2023, 11h08 UTC.

³⁶ Disponível em http://www.provedor-jus.pt/site/public/archivo/doc/FIO_-_direitos_reprodutivos_-_violencia_obstetrica.pdf, último acesso 27/12/2019, 17h05 UTC.

³⁷ Matteazzi e Russo, Violencia Obstétrica: naturalización del modelo de atención médico hegemónico, p.35.

³⁸ Natalia Aleman, Derechos sexuales y reproductivos en tensión (...), [s.p.].

³⁹ Janaína Aguiar et al., Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades sob a ótica dos profissionais de saúde, p.2289.

⁴⁰ Aguiar et al., Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades, p.2288.

⁴¹ Sens MM, A percepção dos médicos sobre as dimensões de violência obstétrica e institucional, p.12.

⁴² Aguiar et al., Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades, p.2288.

A normalização da violência obstétrica pelas próprias mulheres, que aceitam como normais e necessárias as intervenções médicas que lhe são realizadas, contribui para a perpetuação e invisibilidade da mesma, assim como a confiança depositada na Medicina e nos próprios profissionais de saúde. A dominação dos corpos das mulheres ocorre assim mediante a supressão da sua autonomia e imposição da autoridade e saber técnico dos profissionais de saúde sobre os corpos das mulheres, podendo oprimir a mulher.

III. Dos direitos das mulheres

As mulheres são titulares de diversos direitos na qualidade de utente/paciente, sendo eles: o direito de acesso a cuidados de saúde seguros, de qualidade e baseados na evidência – artigo 15º A nº1, f) e artigo 15º F nº 2 e 6; o direito à informação, ao consentimento ou dissentimento informado – artigo 15º A nº 1, a); o direito à autonomia – artigo 15º A nº 1, g); o direito à escolha e ao respeito pelas preferências efetuadas – artigo 15º A nº 1, a); o direito à igualdade e não discriminação – artigo 15º A nº 1, e); o direito a um tratamento digno e respeitoso – artigo 15º A nº1, c); o direito à privacidade e à confidencialidade – artigo 15º A nº1, b); o direito a estar livre de qualquer forma de violência – artigo 15º A nº 1, d); o direito à liberdade – artigo 15º A nº 1, g); o direito ao acompanhamento – artigo 12º a 17º; o direito à mínima interferência – artigo 15º F nº 2 e 6º; o direito à amamentação – artigo 15º H; o direito a um intérprete, caso necessário – artigo 15º C nº3; o direito ao alívio da dor – artigo 15º F nº4 e o direito à vigilância/à assistência contínua – artigo 15º G e artigo 18º nº 2 ambos do

mencionado diploma.

Cabe-nos ainda referir que os direitos reprodutivos das mulheres em contexto de assistência obstétrica revestem a natureza de direitos fundamentais, vinculando entidades públicas e privadas nos termos do artigo 18º nº1 da Constituição.⁽⁴³⁾ Tanto assim é que a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, é aplicável a entidades públicas, privadas e entidades do setor social. Enquanto direitos fundamentais, os direitos reprodutivos resultam de uma interpretação conjugada do artigo 36º nº1 da Constituição com o artigo 26º nº1 da Constituição.⁽⁴⁴⁾ Inclusivamente, a *White Ribbon Alliance* elaborou a seguinte tabela com os Direitos Humanos das mulheres na assistência obstétrica:

⁴³ Na Resolução de 24 junho de 2021 do Parlamento Europeu, sobre saúde sexual e reprodutiva das mulheres na União Europeia, referiu que os direitos sexuais e reprodutivos são Direitos Humanos.

⁴⁴ Vera Lúcia Raposo, Direitos Reprodutivos, p.116/7.

Direito da mulher e previsão nos tratados internacionais de Direitos Humanos	Categoria de desrespeito ou abuso
Direito a estar livre de danos e maus tratos: artigo 1º da DEDAW, artigo 7º do PIDCP, artigo 4º da DUBDH, artigo 12º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos.	Abuso físico
Direito a ser informada, a dar o seu consentimento livre, expresso e informado e direito ao dissentimento informado e respeito pelas escolhas/preferências: artigo 7º e 19º do PIDCP, artigo 6º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, artigo 6º da DUBDH e Relatório da Organização das Nações Unidas para a prevenção da mortalidade e morbilidade materna (2010).	Cuidados não consentidos
Direito a cuidados privados e confidenciais – artigo 17º do PIDCP, artigo 4º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos e artigo 9º da DUBDH.	Prestação de cuidados não confidenciais e com falta de privacidade
Direito a ser tratada com dignidade e respeito – artigo 2º do PIDCP, artigo 8º, 10º e 11º da DUBDH e Relatório da Organização das Nações Unidas para a prevenção da mortalidade e morbilidade materna (2010).	Prestação de cuidados não dignificantes, incluindo abuso verbal
Direito à igualdade, não discriminação e a cuidados equitativos – artigo 1º da CEDAW, artigo 2º do PIDESC, artigo 26º do PIDCP, artigo 3º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, artigos 10º e 11º da DUBDH e Relatório da Organização das Nações Unidas para a prevenção da mortalidade e morbilidade materna (2010).	Discriminação baseada em atributos pessoais

Direito da mulher e previsão nos tratados internacionais de Direitos Humanos	Categoria de desrespeito ou abuso
Direito aos melhores cuidados de saúde e em tempo oportuno – artigos 4º e 6º Declaração de Alma Ata, artigo 9º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, artigo 25º da DUDH, artigo 14º nº2 da DUBDH e Relatório da Organização das Nações Unidas para a prevenção da mortalidade e morbidade materna (2010).	Abandono ou recusa de cuidados
Direito à liberdade, autonomia, autodeterminação e não coação – artigo 1º da DEDAW, artigo 1º do PIDESC, artigo 2º da Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, artigo 9º nº1 e 18º nº2 do PIDCP e artigo 5º da DUBDH. ⁽⁴⁵⁾	Detenção na instituição

IV. Violência obstétrica no trabalho de parto, parto e puerpério imediato

Relativamente à manifestação da violência obstétrica durante o trabalho de parto, parto e puerpério imediato, existem diversas classificações na literatura, pelo que abordaremos apenas as mais difundidas.

Uma das primeiras classificações/categorizações que surgiu foi a Bowser e Hill, da *Harvard National School of Public Health* (2010), que categoriza a violência obstétrica em: abusos físicos; cuidados não consentidos; cuidados não confidenciais; cuidados não dignificantes;⁽⁴⁶⁾ discriminação baseada em atributos;⁽⁴⁷⁾ abandono ou recusa de cuidados; e, detenção da mulher na instituição contra vontade própria.

Esta classificação foi difundida e adotada pela *White Ribbon Alliance*, numa Carta elaborada em 2011 sobre as categorias de violência obstétrica e correspondentes direitos das mulheres envolvidos. Acabaria por ser acolhida pelo legislador nacional no artigo 15.º- A da Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, sob a forma de princípios, prevendo o legislador nacional a sua aplicação a todos os momentos reprodutivos que a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, tutela.

Uma outra classificação relevante devido à sua completude, resulta da revisão sistemática de

⁴⁵ Tabela traduzida e adaptada da *White Ribbon Alliance*, 2011.

⁴⁶ Nesta rubrica as Autoras Bowser e Hill (p.11) abrangem as humilhações, os tratamentos não empáticos, as culpabilizações da parturiente decorrente da “falta de colaboração”.

⁴⁷ Neste aspeto as Autoras mencionam discriminações em razão da raça, da idade, de crenças ou tradições, preferências relativas ao parto, estatuto económico e nível educacional. As Autoras dão ainda um exemplo relativamente a crenças na Serra Leoa, onde se acredita que a parturiente que tem dores no parto é infiel ao parceiro, sendo as dores do parto, um castigo para a mesma.

literatura feita por Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Makh SK, Souza JP et al., em “*The Mistreatment of women during childbirth: a systematic review*”, (p.7), que procede à categorização exaustiva dos atos de violência obstétrica, nos seguintes termos:

Abuso Físico	Recurso à força física	Agressões, beliscões ou agarrar com força
	Restrições físicas	Restrições à liberdade de movimentação e imposição de posições de parto
Abuso Sexual	Abuso sexual	Abuso sexual ou violação
Abuso Verbal	Uso de linguagem imprópria ou rude	Linguagem rude
	Ameaçar ou culpar	Julgamento ou comentários acusatórios
		Ameaças de abandono do tratamento Culpar a mulher por maus resultados
Preconceito e discriminação	Discriminação baseada em características sociodemográficas	Discriminação baseada em etnia, raça ou religião Discriminação baseada na idade Discriminação baseada em condições socioeconómicas
	Discriminação baseada em condições médicas	Discriminação baseada em condições de saúde, como por exemplo H.I.V. ou COVID19

Negligência nos cuidados de saúde prestados/Falha em atender aos padrões profissionais de atendimento	Ausência de consentimento informado e de confidencialidade	Falta de consentimento informado Violações de confidencialidade
	Exames e procedimentos físicos	Exames vaginais dolorosos Recusa em fornecer alívio da dor Realização de operações cirúrgicas não consentidas
	Negligência e abandono	Negligência, abandono ou longos atrasos Ausência de profissionais de saúde no parto

Questões relativas ao relacionamento entre profissionais de saúde e a parturiente	Comunicação inefetiva	Problemas comunicacionais Menosprezo da preocupação da mulher Interpretações equivocadas de frases ou atitudes de profissionais de saúde
	Falta de cuidados de suporte	Falta de cuidados de suporte Negação de acompanhante
	Perda de autonomia	Mulheres tratadas como participantes passivas durante o parto Negação de alimentos ou restrição à mobilidade Falta de respeito pelas posições preferenciais de nascimento da mulher Negação de práticas tradicionais seguras Objetificação da mulher Detenção em instalações

Constrangimentos e condições da instituição de saúde	Falta de recursos	Condições físicas das instalações Restrições de pessoal Escassez de pessoal Restrições de fornecimento Falta de privacidade
	Falta de políticas públicas	Falta de reparações/adaptação das estruturas
	“Facility cultures”	Suborno e extorsão Taxas pouco clara Pedidos irrazoáveis feitos pelos profissionais de saúde

A nosso ver,⁽⁴⁸⁾ a violência obstétrica pode ser categorizada do seguinte modo: *violência física, violência psicológica/moral, violência sexual e violência institucional*. Esta categorização facilita a recondução dos danos aos tipos de violência exercidos.

A dimensão de violência física da violência obstétrica pode referir-se a condutas que inflijam dor ou danos físicos à parturiente ou ao nascituro, que podem inclusivamente ser realizadas sem consentimento para o efeito.⁽⁴⁹⁾ A violência física pode abranger a realização de procedimentos e manobras que contrariam assim as Recomendações da Organização Mundial de Saúde ou cujos benefícios não são comprovados, isto é, intervenções que violem os princípios bioéticos da beneficência e não maleficência e que podem estar incorporadas em rotinas hospitalares e serem aplicadas à generalidade das mulheres, sem terem em conta as suas necessidades e/ou vontade.

⁴⁸ Classificação adotada em Vânia Simões, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, obra identificada na bibliografia.

⁴⁹ Artigo 5º da lei Argentina nº 26.485. Neste sentido ainda, a legislação venezuelana no artigo 51º nº 4.

Podemos ainda reconduzir à violência física todos os atos médicos que desrespeitem o ritmo biológico da parturiente e que se demonstrem invasivos,⁽⁵⁰⁾ injustificados,⁽⁵¹⁾ onde se incluem manobras de aceleração do parto,⁽⁵²⁾ também designadas como intervencionistas⁽⁵³⁾ por não terem suporte científico relativamente aos benefícios,⁽⁵⁴⁾ sendo empregues de modo rotineiro,⁽⁵⁵⁾ questionáveis do ponto de vista da segurança da paciente. Não raras vezes, as parturientes são, pois, submetidas a procedimentos desnecessários,⁽⁵⁶⁾ mas que constituem rotina na instituição. Ao promoverem-se estas práticas poderá estar-se a causar dores, da-

nos e/ou riscos, afrontando a integridade física da parturiente de modo desnecessário e/ou arbitrário.⁽⁵⁷⁾

A violência física dirigida às parturientes poderá nalguns casos configurar um crime de ofensa à integridade física da parturiente, podendo a mesma conseguir tutela por essa via.⁽⁵⁸⁾

Consubstanciam atos de violência psicológica todos aqueles que sejam idóneos a desestabilizar emocionalmente a parturiente que, pelas circunstâncias, já se encontra particularmente vulnerável ou condutas que a deixem ainda mais vulnerável, mas também os atos que violem/afrontem a autonomia da mulher enquanto utente/paciente e que a façam sentir inapta para dar à luz.⁽⁵⁹⁾

A violência obstétrica na sua vertente sexual exprime-se em condutas que atentem a integridade sexual das mulheres, sem consentimento informado para o efeito, afrontando a sua autonomia, provocando ainda dor e/ou danos na sua genitália.⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

Individualizamos esta categoria de violência por entendermos que existe um bem jurídico próprio, que perpassa a integridade física, com uma dimensão holística: o direito à sexualidade. A sexualidade é um direito de personalidade (Acórdão do STJ de 08/09/2009) que não se

49

⁵⁰ Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, Violência Obstétrica: “Parirás com dor”, p.80.

⁵¹ Vânia Simões, A Violência Obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, p.79/80. Neste sentido ainda, Sarah Pinto Leal et al., Perception of nurse midwives on obstetric violence.

⁵² Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, Violência Obstétrica: “Parirás com dor”, p.96; Matteazzi e Russo, Violencia Obstétrica: naturalización del modelo de atención médico hegemónico durante el proceso de parto, p.6.

⁵³ Olga Carón e Isília Silva, Parturiente e equipe obstétrica: a difícil arte de comunicação, p.486; Sens e Stamm, A percepção dos médicos sobre as dimensões da violência obstétrica s/ou institucional, p.2; Suellen Miller et al., Beyond too little, too late and too much, too soon, p.2.

⁵⁴ Suellen Miller et al., Beyond too little, too late and too much, too soon: a pathway towards evidence-based, respectful maternity care worldwide, p.2; Ana Flávia D'Oliveira et al, Violence against women in healthcare institutions: an emerging problem, p.1681. Ainda neste sentido, Vogel et al., Promoting respect and preventing mistreatment during childbirth, p. 672/3.

⁵⁵ Suellen Miller et al., Beyond too little, too late and too much, too soon (...), p.3. Marie-Laure Franczek em “Violence obstétricale: essai de définition à partir de la littérature scientifique Gynécologie et obstétrique”, refere que entre o elenco de práticas rotineiras sem evidência científica comprovada temos a cesariana realizada sem justificação clínica, a restrição da posição de parto, a indução do parto, a recusa de acompanhante, a negação de alívio da dor, intervenções sem consentimento, manipulação de informação transmitida à grávida, utilização de internos durante o parto, tratamento discriminatório e detenção na instituição sem motivo. p.10.

⁵⁶ Sarah Pinto Leal et al., Perception of nurse midwives on obstetric violence, s/p.

⁵⁷ Kopereck CS et al., Obstetric Violence in the multinational context, p.2055.

⁵⁸ Vânia Simões, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, p.80.

⁵⁹ Vânia Simões, A Violência Obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, p. 80/1.

⁶⁰ A Organização Mundial de Saúde (2014) refere ainda na citada declaração, o reporte de situações de violações graves de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como a esterilização de mulheres após o parto.

⁶¹ Matteazzi e Russo, Violencia Obstétrica: naturalización del modelo de atención (...), p.8.

confunde com a integridade física, pelo que a sua afetação consubstancia um dano suscetível de indemnização.

São exemplos deste tipo de violência: a realização da episiotomia sem consentimento,⁽⁶²⁾ os sucessivos exames de toque invasivos sem consentimento ou feitos por mera rotina, sem real justificação clínica para o efeito⁽⁶³⁾ ou a realização do “ponto do marido” sem consentimento para o efeito.⁽⁶⁴⁾ O “ponto do marido” trata-se de um procedimento associado à episiotomia ou à sutura da laceração do períneo da mulher, por ser realizado aquando da episiorrafia do períneo da mulher⁽⁶⁵⁾ e cujo objetivo é o de deixar a vagina da mulher mais estreita do que se apresentava antes do parto com o pretexto de que, com que o parto, a mulher poderá apresentar algum tipo de disfunção sexual e obstar ao prazer sexual masculino, pretendendo restituir uma pretensa “condição virginal” à mulher.⁽⁶⁶⁾

Por fim, a violência institucional advém tanto de instituições públicas como de instituições privadas que deveriam zelar pelo cumprimento de regras e pelo respeito dos direitos dos cidadãos, mas que levam a cabo condutas que dificultam ou impedem o acesso da mulher aos seus direitos, podendo assim assumir a forma

de ações ou omissões.⁽⁶⁷⁾ A Organização Mundial de Saúde (2014) reportando-se à violência institucional menciona como exemplos a recusa de internamento de parturientes e detenção de parturientes e recém-nascidos nas instituições de saúde.⁽⁶⁸⁾

V. Da responsabilidade civil

Por envolver situações violadoras da Lei, a violência obstétrica pode dar azo a diversos tipos de responsabilidade jurídica para os profissionais de saúde e/ou instituições de saúde envolvidas na sua prática. Desde logo, podemos assinalar a responsabilidade civil que pode ser suscitada pela lesada e/ou casal se estiverem em causa danos à própria mulher e/ou ao nascituro/recém-nascido. A Lei nº110/2019, de 9 de setembro, apesar da tutela específica que preconiza, não prevê sanções jurídicas específicas para a violação dos direitos das mulheres enquanto utentes/pacientes que garante.

Para efeitos de apuramento de responsabilidade médica em matéria de violência obstétrica é necessário conjugar a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, com os diplomas que estabelecem a responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, tendo assim as mulheres acesso à responsabilidade civil por via dos preceitos legais genéricos como o são os artigos 483º e ss do CC ou mediante aplicação da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades

⁶² Elizabeth Kukura, *Obstetric Violence*, p.722; Relatório especial Organização das Nações Unidas de 11 de julho de 2019, A74/137, p.11; J. M. Aguiar, obra já citada, p.162, entre outros autores.

⁶³ A. Bohren et al., *How women are treated during facility-based childbirth* (...), p.1750; Koperack CS et al., *Obstetric Violence in the multinational context*, p.2055.

⁶⁴ Ana Maria Rhode, *A outra dor do parto* (...), p.55.

⁶⁵ A episiorrafia corresponde à sutura de uma laceração espontânea do períneo da mulher durante o parto ou de uma sutura efetuada na sequência de uma episiotomia. Este procedimento vem inclusivamente descrito no Relatório especial Organização das Nações Unidas de 11 de julho de 2019, A74/137, p.12.

⁶⁶ Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, *Violência Obstétrica: “Parirás com dor”*, p.82.

⁶⁷ Janáina Marques Aguiar, *Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de género*, p. 4/5 e 15. Koperack CS, et al., *Obstetric violence in the multinational context*, p.2052.

⁶⁸ Organização Mundial de Saúde (2014).

públicas, sendo que a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, concretiza os ilícitos no âmbito da responsabilidade médica em obstetrícia.

Quando ocorram situações de violência obstétrica e negligência médica e/ou erro médico em simultâneo, entendemos que estes últimos eventos médicos são “consumidos” pela violência obstétrica, pelo facto da violência obstétrica ser um evento médico mais abrangente nas dimensões que a caracterizam do que o erro ou a negligência médica, sendo que estes últimos se circunscrevem apenas à prestação de cuidados de saúde, não relevando todos os aspetos da relação profissional de saúde/mulher. Entendemos que tanto nas instituições públicas de saúde como nas instituições privadas de saúde, as situações de violência obstétrica traduzirão casos de responsabilidade extracontratual, devido à relação de consumpção que a violência obstétrica assume perante outros eventos médicos que possam ter ocorrido em simultâneo.

Para além da responsabilidade civil, podem emergir das situações de violência obstétrica a responsabilidade disciplinar (laboral e/ou deontológica), contraordenacional e/ou penal.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos refere no artigo 9º nº1 que os médicos são responsáveis pelos seus atos e o Código Deontológico da Ordem dos Enfermeiros no artigo 100º, alínea b), que também os enfermeiros o são.

Porém, enquanto trabalhadores em funções públicas nem sempre assim é, pois que a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, determina a responsabilização dos profissionais de saúde enquanto trabalhadores em funções públicas em casos de negligência grosseira (artigo 8º nº 1 do diploma). A exclusão da responsabilidade pessoal dos trabalhadores em funções públicas

em casos de culpa leve, que se presume (artigo 10º nº 2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro), deveu-se a razões de política legislativa e tende a evitar os constrangimentos de atuação que poderiam ocorrer, com consequências negativas para a atividade corrente da Administração e para a própria eficiência administrativa se o funcionário tivesse que responder civilmente sempre que tivesse agido com menor cuidado ou empenho.⁽⁶⁹⁾

A responsabilidade disciplinar, por seu turno, tanto pode reportar-se à responsabilidade deontológica de um profissional de saúde diante da sua Ordem Profissional, quando esteja em causa a violação (ou suspeita de violação) dos seus deveres deontológicos e é desencadeada mediante apresentação de participação disciplinar pela lesada ou casal junto da respetiva Ordem profissional a que o profissional visado pertença, como à responsabilidade disciplinar do profissional de saúde diante da sua entidade empregadora.

A responsabilidade disciplinar laboral é desencadeada pela instituição onde labora o profissional de saúde mediante abertura de um processo disciplinar contra o seu trabalhador.

A responsabilização dos profissionais de saúde em termos jurídico-laborais pode ocorrer quando esteja em vigor um contrato de trabalho celebrado entre o profissional de saúde e a instituição de saúde onde a assistência ocorreu. Caso estejamos perante um contrato de trabalho em funções públicas, a responsabilidade *in casu* segue o regime da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, alterada, mais recentemente pelo Decreto-Lei nº 51/2022, de 26 de julho, em que

⁶⁹ Carlos Cadilha, Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – anotado, p.144.

o profissional de saúde responde na qualidade de trabalhador em funções públicas,⁽⁷⁰⁾ ao passo que o profissional de saúde que colabore com uma instituição privada se encontra sujeito à aplicação da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, vulgo, Código do Trabalho.

Se o profissional de saúde envolvido for um prestador de serviços, não haverá lugar a processo disciplinar, por inexistir neste vínculo, poder disciplinar exercido pela entidade hospitalar sobre o profissional de saúde.

Porém, conforme refere Sandra Passinhas, os deveres deontológicos são deveres dos profissionais de saúde no exercício da sua profissão, que não se confundem com os deveres funcionais decorrentes da relação jurídico-laboral.⁽⁷¹⁾

Embora haja sobreposição entre grande parte dos deveres decorrentes do contrato de trabalho com os deveres deontológicos, esta sobreposição ou coincidência não é absoluta. Por exemplo, a violação pelo profissional de saúde do dever profissional de pontualidade ou de assiduidade pode não ter qualquer impacto a nível deontológico. Já a violação do dever funcional de zelo poderá consubstanciar uma violação dos deveres deontológicos do profissional de saúde.⁽⁷²⁾ Sobre as normas deontológicas, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro referem que as mesmas são “normas de eficácia interna” dirigi-

da à própria classe.⁽⁷³⁾

Pode ainda suscitar-se a responsabilidade da própria instituição de saúde através da responsabilidade contraordenacional, uma vez que a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, prevê a possibilidade dos utentes poderem endereçarem queixas ou reclamações junto das entidades de fiscalização/regulação no artigo 9º e 28º do aludido diploma. No que à responsabilidade contraordenacional diz respeito, a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, remete a responsabilidade contraordenacional para o Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, que procede à reestruturação da Entidade Reguladora da Saúde, definindo as suas atribuições, organização e funcionamento, no artigo 29º do diploma. Todos estes tipos de responsabilidade (civil, penal, deontológica e contraordenacional) são cumuláveis e independentes entre si.

VI. Da responsabilidade penal

Em termos jurídico-penais, a violência obstétrica não se encontra tipificada no ordenamento jurídico português.⁽⁷⁴⁾ Foram várias as tentativas de penalização da violência obstétrica em Portugal. A primeira tentativa de penalização da violência obstétrica em Portugal surgiu por meio da Petição Pública nº 507/xiii/3ª – Petição pelo fim da violência obstétrica nos blocos de parto dos hospitais portugueses, discutida em plenário da Assembleia da República em

⁷⁰ Este tipo de responsabilidade pressupõe a violação de deveres que são impostos no âmbito da função pública, a violação de uma obrigação derivada do exercício de uma função ou no cumprimento de uma missão. O processo em causa pode definir-se como um processo administrativo, gracioso, do tipo inquisitório e sancionatório. Pedro Cordeiro, Responsabilidade médica disciplinar no Serviço Nacional de Saúde, p.203 e 221.

⁷¹ Sandra Passinhas, Responsabilidade disciplinar médica, p.11/2.

⁷² Sandra Passinhas, Responsabilidade disciplinar médica, p.11/2.

⁷³ Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, Responsabilidade Médica em Portugal, p.24.

⁷⁴ Contribuição do Provedor de Justiça de Portugal para o Estudo da Federação Iberoamericana de Ombudsmen sobre Direitos Reprodutivos e Violência Obstétrica, disponível em: http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/FIO_-_direitos_reprodutivos_-_violencia_obstetrica.pdf, p.3, último acesso 27/12/2019, 17h05 UTC. Vânia Simões, A violência obstétrica (...).

14/11/2019,⁽⁷⁵⁾ não tendo sido aprovada pelo facto da Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, ter entrado em vigor há dias, sendo que, no entender dos Grupos Parlamentares, estas alterações visavam erradicar a violência obstétrica, promovendo mudanças institucionais que se faziam necessárias antes de se tipificar a violência obstétrica. Em julho de 2021, surgiram mais duas iniciativas para penalizar a violência obstétrica, uma através do Projeto-lei n.º 912/XIV/2ª da iniciativa da ex-Deputada não inscrita Cristina Rodrigues e, uma outra, através de uma nova petição pública para o efeito.⁽⁷⁶⁾ Através do Projeto-lei n.º 912/XIV/2ª (entretanto caducado) seria criado o artigo 166.º- A do Código Penal, inserido nos crimes contra a liberdade sexual.⁽⁷⁷⁾

Embora a violência obstétrica não corresponda a um tipo legal de crime específico no Código Penal Português, nem por isso os profissionais de saúde estarão “isentos” de responsabilidade penal, pelo menos nas situações “mais gravosas” de violência obstétrica.

⁷⁵ <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhePeticao.aspx?BID=13191>. Último acesso 9/11/2023, 17h09 UTC.

⁷⁶ <https://peticaopublica.com/?pi=PT109414>. Último acesso 9/11/2023, 17h10 UTC.

⁷⁷ “Artigo 166.º-A Violência Obstétrica

1 – Quem, sujeitar mulher, durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, a violência física ou psicológica, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário ou limite o seu poder de escolha e de decisão, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

2 – O procedimento criminal depende de queixa.

3 – A pena é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for praticado:

a) Na presença de nado morto ou de interrupção da gravidez;
b) Contra pessoas nos extremos da idade reprodutiva;
c) Contra mãe, nascituro ou criança com deficiência;
d) Contra vítimas de violência doméstica, de abuso sexual, de práticas nefastas ou tráfico de seres humanos;

e) Contra pessoas que vivam em situação de pobreza extrema, designadamente em situações de rendimentos abaixo do limiar da pobreza ou baixos níveis de literacia;

f) Contra pessoas migrantes e refugiadas.”

Dependendo do que tenha sucedido no caso em concreto, a responsabilidade penal decorrente de atos de violência obstétrica pode envolver o concurso de diversos tipos legais de crimes que ainda assim poderão não abranger todas as situações de violência obstétrica ocorridas, com afetação de bens jurídicos diversos, tanto da mulher, como do nascituro/recém-nascido ou de ambos.⁽⁷⁸⁾

Retomando a classificação das diversas categorias de violência obstétrica apresentada por Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Makh SK, Souza JP et al.⁽⁷⁹⁾, a violência obstétrica poderá culminar na prática dos seguintes crimes previstos e punidos pelo Código Penal: o crime de ofensa à integridade física – simples (artigo 143º) – como por exemplo, mediante o recurso à força física junto da parturiente para impor algo, como a posição de parto, grave (artigo 144º) – quando esteja em causa a afetação grave da fruição sexual ou a afetação da capacidade reprodutiva da mulher, agravadas em função do resultado (artigo 147º) ou negligente (artigo 148º); intervenções médico-cirúrgicas com violação das *leges artis* (artigo 150º nº2), quando sejam praticados procedimentos que contrariem as Recomendações da Organização Mundial de Saúde ou a Medicina Baseada na Evidência, sem motivo que o justifique; ameaça (artigo 153º); coação (artigo 154º), sendo exemplo de coação no parto, o proferimento de frases como “se não colaborar connosco o seu bebé vai morrer”; intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156º);

⁷⁸ V. Simões, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, p.92.

⁷⁹ Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Makh SK, Souza JP et al., The Mistreatment of women during childbirth: a systematic review, p.7.

sequestro (artigo 158º) – nos casos em que a mulher e/ou o recém-nascido são mantidos nas instalações hospitalares após o parto/nascimento por mero protocolo, sem justificação clínica para o efeito e contra a vontade da mulher/casal; violação (artigo 164º);⁽⁸⁰⁾ injúria (artigo 181º) – apelidando, por exemplo, a parturiente de histérica;⁽⁸¹⁾ devassa da vida privada (artigo 192º), quando, por exemplo, o contexto de vulnerabilidade da mulher for aproveitado para intromissão na vida privada da mulher;⁽⁸²⁾ violação de segredo (artigo 195º); recusa de médico (artigo 284º) – pode ocorrer quando um profissional de saúde se recuse a prestar assistência à parturiente como forma de represália por determinada escolha que a mesma tenha feito no âmbito da assistência.

Não obstante a baixa taxa de mortalidade materno-infantil na assistência ao parto em Portugal, o crime de homicídio também poderá verificar-se no âmbito desta assistência. Para efeitos de tutela penal, considera-se o início da

personalidade jurídica do nascituro com as contrações do parto – “*contrações ritmadas, intensas e frequentes*”, pelo que o nascituro que venha a falecer no decorrer do parto e se esse facto for imputável a profissionais de saúde, será tido como homicídio e não como integrando a previsão do crime de aborto.^{(83)|(84)}

De referir ainda que existem situações de violência obstétrica que não se reconduzem a nenhum tipo legal de crime como o tratamento rude da grávida/parturiente ou puérpera ou comentários inapropriados que são dirigidos às parturientes em pleno trabalho de parto, sem que isso consubstancie uma injúria. Podemos estar, por exemplo, perante uma frase dirigida à mulher sem qualquer conteúdo ofensivo dita aos gritos por um profissional de saúde. Outras situações podem aqui ser mencionadas como a separação imediata de mãe e recém-nascido sem

⁸⁰ Acórdão do STJ de 15/2/2012, processo nº 476/09.BBGC. P1S1, relator Santos Carvalho. Neste acórdão está em causa uma violação de grávida de 34 semanas por médico, no consultório deste. O médico seria absolvido da prática do crime de violação, mas condenado no pedido de indemnização cível decorrente dos transtornos causados à vítima. Em novembro de 2023, foi ainda noticiado que um médico radiologista foi condenado por violação de duas pacientes num hospital em Bragança. Para além de condenado a pagar €5.000 a cada uma das vítimas, tendo ainda ficado proibido de atender mulheres. Uma das visadas apresentou participação disciplinar junto da Ordem dos Médicos que concluiu “*não ressalta demonstrado que o arguido tivesse tido o propósito de aproveitamento e/ou molestia da paciente*”. Notícia disponível em <https://www.dn.pt/sociedade/radiologista-condenado-a-pena-suspensa-por-dois-crimes-de-violacao-em-braganca-17302837.html>, último acesso em 8/12/2023, 16h38 UTC.

⁸¹ Acórdão do TCAN de 5 de março de 2021, processo nº118/10.1BEPNF.

⁸² Neste caso concreto, o Relatório francês sobre violência ginecológica e obstétrica refere perguntas que sejam feitas às pacientes como “*quantos parceiros sexuais é que teve?*”, que se trata de uma pergunta atentatória da intimidade da mulher, dispensável ao atendimento/tratamento da mesma.

⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/5/2013, processo nº 1053/10.9T3AVR.C1, relatora Isabel Valongo: “*Para efeitos da tutela penal, a vida humana começa no início do parto, ou seja, com o início das contrações ritmadas, intensas e frequentes de expulsão do feto ou, no caso de parto com cesariana, com início da intervenção médica na barriga da mulher. Consequentemente, a morte do feto, no decurso de trabalho de parto, causada por profissionais de saúde, devido a violação das legis artis, consubstancia a prática de um crime de homicídio negligente. Existe uma pluralidade de crimes de homicídio por negligência quando o agente causa a morte a várias pessoas, ainda que com uma única acção. Assim, se nas referidas circunstâncias, ocorre também a morte da parturiente, verificam-se dois crimes de homicídio p. e p. no artigo 137.º do CP.*”

⁸⁴ Figueiredo Dias refere que a distinção entre homicídio e aborto não tem a ver com o bem jurídico tutelado, pois ambos se destinam a tutelar o mesmo bem jurídico – a vida. Porém, a “força da tutela” é distinta por motivos político-criminais refere F. Dias. O homicídio tutelaria, contudo, a vida da pessoa já nascida e o aborto, a vida do nascituro. O homicídio protegeria a vida humana cujo ato ou processo de nascimento já se iniciou, considerando-se para este efeito, as “contrações ritmadas, intensas e frequentes” que conduzem à expulsão do nascituro e, no caso de cesariana, quando dos atos preparatórios da mesma, ainda que a doutrina alemã considere que a tutela se inicia com a incisão do útero da mulher. Neste sentido ainda, Margarida Silva Pereira e Augusto Silva Dias. Já nos casos de eventos médicos que lesam a vida do nascituro no pré-natal, dúvidas não há quanto ao seu enquadramento no crime de aborto. Figueiredo Dias, Comentário conimbricense ao Código penal, p.6-10.

justificação clínica para o efeito e por um longo período de tempo, sem que nada seja dito à puérpera sobre o estado de saúde do recém-nascido. Estas mencionadas situações, pelo contexto de vulnerabilidade em que são praticadas, podem ter um impacto significativo na vivência do parto de uma mulher e deixá-la negativamente marcada.

Paula Ribeiro de Faria releva tipos legais de crime como o crime de exposição ou abandono (artigo 138º do Código Penal), de abuso sexual de pessoa internada (artigo 166º do Código Penal), referindo ainda que não é nítido o enquadramento da violência obstétrica no artigo 152º A do Código Penal (maus-tratos).⁽⁸⁵⁾ Defende a Autora que não existe uma verdadeira lacuna em termos jurídico-penais, podendo as condutas de violência obstétrica preencherem diversos tipos legais previstos no Código Penal, mas que ainda assim faria sentido a sua autonomização à semelhança do crime de mutilação genital feminina, devido aos bens jurídicos em jogo, como o são a integridade física, moral ou a liberdade sexual.⁽⁸⁶⁾

Andreza Santos refere que os bens jurídicos que podem ser afetados numa situação de violência obstétrica são a *“a vida, a integridade física, a liberdade sexual, a intimidade, a vida*

privada, a honra e o direito à informação”,⁽⁸⁷⁾ referindo a Autora que os tipos penais neutros não refletem a dinâmica de poder subjacente a esta forma de violência que afeta as mulheres, traduzindo-se num desadequado tratamento jurídico destes casos.⁽⁸⁸⁾

VII. Da necessidade de julgamento numa perspetiva de género

As diferenças biológicas das mulheres ligadas à sua capacidade reprodutiva, motivaram, historicamente, diferentes tratamentos entre homens e mulheres, justificando a exclusão legal, política e económica das mulheres da esfera pública.⁽⁸⁹⁾

A tendência de trazer a mulher como sujeito de direitos ainda está ligada a temáticas especificamente “femininas” como o são a maternidade.⁽⁹⁰⁾ Nina Dourado releva que as normas sensíveis ao género têm subjacente os papéis sociais que a mulher exerce ou possa vir a exercer, vislumbrando-se assim a mulher, como “mulher-mãe”, “mulher-esposa” ou “mulher vítima”.⁽⁹¹⁾ Conforme refere Teresa Pizarro Beleza *“(…) a diferenciação das pessoas em dois campos irreduzíveis (homens/mulheres), esbarra de forma flagrante com a impossibilidade de aplicar o método comparacionista em muitos campos da vida das mulheres. O mais óbvio é talvez o que diz respeito a gravidez, maternidade e direitos reprodutivos*

55

⁸⁵ Paula Ribeiro de Faria (A criminalização da violência obstétrica e os limites constitucionais de intervenção do direito penal, p.1774 e ss) assimila a violência obstétrica à violência doméstica, na medida em que reconhece uma relação abusiva de poder em ambas as situações. Quanto à violência obstétrica, a Autora refere que estamos perante situações de abuso coletivo, na medida em que a violência obstétrica adviria de uma cultura institucional validada pela sociedade, em que não há consciência de ilicitude por parte dos profissionais de saúde quando a praticam.

⁸⁶ Paula Ribeiro de Faria, Paula Ribeiro de Faria, A criminalização da violência obstétrica e os limites constitucionais de intervenção do direito penal, p.1804.

⁸⁷ Andreza Santana Santos, Uma análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico: a necessidade de uma intervenção penal diante da relevância do bem jurídico tutelado, p.68.

⁸⁸ Andreza Santana Santos, Uma análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico (...), p.72.

⁸⁹ Herma Kay, Equality and difference: the case of pregnancy, p.187.

⁹⁰ Nina Dourado, Direito e Feminismos, p.31.

⁹¹ Nina Dourado, Direito e Feminismos, p.31.

em geral.”⁽⁹²⁾ Também Tove Dahl realça que a discriminação positiva a favor das mulheres tem por base a sua função reprodutiva, recorrendo ao exemplo da amamentação.⁽⁹³⁾

A análise dos casos de gravidez/maternidade, onde se inserem os casos de violência obstétrica, requerem assim uma análise feminista do Direito, centrada nos interesses da mulher,⁽⁹⁴⁾ pois estão em causa direitos especiais das mulheres, os quais surgem em áreas de difícil ou impossível equiparação com os homens,⁽⁹⁵⁾ mas também pelo facto da Lei nº 110/2019, de 9 de setembro, ser um diploma sensível ao género, que vem instituir um modelo de assistência centrado nos interesses da mulher.

Esta metodologia de julgamento baseada no género emergiu do Direito e da jurisprudência internacional dos Direitos Humanos, que denunciou as políticas neutrais que consolidavam as desigualdades de género ainda prevalentes.⁽⁹⁶⁾ Julgar numa perspetiva de género é atender aos interesses da mulher (“a *woman centered methodology*”).⁽⁹⁷⁾ Segundo Teresa Fé-

ria, “é recorrer a uma metodologia que desconstrói estereótipos de género, fomentando a igualdade e a justiça, alcançando uma solução imparcial, por relevar a desigualdade e a discriminação em determinadas relações sociais ou conflitos”.⁽⁹⁸⁾

Esta metodologia tenderá a parecer parcial, porém, não o é. A parcialidade reside justamente na desconsideração das desigualdades estruturais. O recurso a esta metodologia afigura-se tendencialmente mais apta a produzir desfechos judiciais condicentes com os ditames da igualdade substantiva.⁽⁹⁹⁾

Com o recurso a esta metodologia, é adotada uma postura ativa na desconstrução das desigualdades.⁽¹⁰⁰⁾ O recurso a esta metodologia não implica um desfecho obrigatoriamente favorável à vítima, mas assegura uma atuação mais justa e respeitosa das partes envolvidas.⁽¹⁰¹⁾

Conforme salienta Lúcia Palacios, não é pelo facto de uma mulher ser sujeito de relações jurídicas que se desencadeia necessariamente a aplicação de uma perspetiva de género na análise/julgamento dos casos, mas antes a verificação de uma relação assimétrica de poder, um caso estrutural de desigualdade que requeira uma análise e interpretação dos factos despida de qualquer tipo de estereótipos, visando desconstruir a neutralidade das normas aplicáveis e atender assim ao princípio da igualdade.⁽¹⁰²⁾

Teresa Quintela de Brito defende que se deve recorrer a esta metodologia de análise não

⁹² Teresa Pizarro Belez, *Direito da Igualdade social* (...), p.62. A Autora defende ainda que o papel do direito das mulheres ainda assim se justifica diante da neutralidade das normas jurídicas, pois que as mesmas não impedem a discriminação *de facto* das mulheres, não obstante a proclamada igualdade *de iure*. Realça ainda que a aceitação progressiva da discriminação positiva ou de “medidas temporárias” de correção como são apelidadas pelo Comité CEDAW, pretendem consubstanciar incentivos a uma efetiva igualdade de oportunidades, sendo o Direito reconhecido como instrumento privilegiado para a correção de desigualdades. Teresa Pizarro Belez, *Direito da Igualdade social* (...), p.119.

⁹³ Tove Dahl, *O Direito das mulheres- uma introdução à teoria do Direito Feminista*, p.46 (tradução).

⁹⁴ Carol Smart, *Feminism and the power of law*, p.69.

⁹⁵ Carol Smart, *Feminism and the power of law*, p.139.

⁹⁶ T. Quintela de Brito, *Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: denegação do acesso ao direito e aos tribunais*, p.195.

⁹⁷ Leslie Bender, *a lawyer's primer on feminist theory and tort*, p.58.

⁹⁸ Teresa Féria, *Julgar com uma perspetiva de género?*, p.12.

⁹⁹ Conselho Nacional de Justiça, *Protocolo para julgamento numa perspetiva de género*, p.43.

¹⁰⁰ CNJ, *Protocolo para julgamento* (...), p.36.

¹⁰¹ CNJ, *Protocolo para julgamento* (...), p.44.

¹⁰² *Apud* Teresa Féria, *Julgar com uma perspetiva de género?*, p.12.

só quando estamos perante relações assimétricas de poder e situações estruturais de desigualdade, mas também nas situações de gravidez, maternidade ou conciliação da vida familiar e laboral, “matérias nas quais se fundam parte significativa das discriminações contra as mulheres”.⁽¹⁰³⁾

Ora nos processos judiciais decorrentes de violência obstétrica o recurso a esta metodologia justifica-se não só devido ao facto de estar uma mulher no polo ativo da ação (como lesada), mas porque em causa temos uma relação de poder nestas situações conforme analisamos, um desequilíbrio *de facto*, que justifica essa abordagem perspectivada no género, sob pena de se chegar a uma solução jurídica injusta, insuficiente ou até mesmo a situações de denegação de justiça para as mulheres.

Além disso, porque a maternidade é uma questão feminina, integrando um dos âmbitos dos direitos específicos das mulheres, necessariamente os casos de responsabilidade médica em obstetrícia têm de ser analisados sob a perspectiva da mulher, sendo a perspectiva neutra insuficiente ou inapta a conduzir a soluções justas nos casos de violência obstétrica. O mesmo raciocínio (quanto à análise e julgamento numa perspectiva feminista) se deve estender a casos de assédio ou discriminação baseada no género, crimes sexuais e outros ilícitos em que o género seja preponderante na sua ocorrência.

O enquadramento e equiparação da violência obstétrica à negligência médica faz com que se desconsiderem interesses juridicamente relevantes da mulher, nomeadamente ao nível da violência psicológica/moral. Ao atender-se à integralidade dos interesses da mulher, dever-

-se-ia compreender como foi a experiência para a própria, como se sentiu com o sucedido e valorizar-se o depoimento da mulher, conforme nos elucidam as teorias feministas do Direito.

Assim, sendo a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, um diploma sensível ao género, em que as mulheres surgem como principais destinatárias dos direitos estabelecidos pelo diploma, o julgamento das ações propostas à luz deste diploma, em que se discuta a violação dos direitos da mulher na assistência obstétrica suscita a análise e o julgamento destas ações numa perspetiva de género, por forma a aplicar-se corretamente o diploma, posicionando-se o interesse da mulher no centro do litígio.

VIII. Da prova

Conforme já referimos, a Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, é aplicável a instituições públicas, privadas e entidades do terceiro sector, pelo que pretendeu o legislador a harmonização de todo o regime de responsabilidade médica na obstetrícia. Para efeitos de repartição do ónus da prova, agruparemos a violência obstétrica em três pilares: violação das *leges artis*; cuidados arbitrários/não consentidos; maus-tratos (dimensão moral, psicológica de violência).

Relativamente à violação das *leges artis*, os n.º 2 e 6 do artigo 15º F da Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, determinam as *leges artis* no parto cabendo assim, a nosso ver, a prova do cumprimento destas *leges artis* aos profissionais de saúde/instituição onde decorreu o parto, pois que se trata de uma obrigação legal dos profissionais de saúde verificar aquelas *leges artis* concretamente identificadas pelo legislador.

Se o processo clínico estiver adequadamente instruído a prova será assaz facilitada. Não

¹⁰³ T. Quintela de Brito, Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: denegação do acesso ao direito e aos tribunais, p.197.

esqueçamos que o dever de registo representa uma obrigação deontológica dos profissionais de saúde. Além disso, os profissionais de saúde estarão em melhor posição para fazer tal prova, ou seja, o ónus não se justifica apenas pela questão do dever de registo, mas também devido à acessibilidade da parte demandada aos meios de prova para uma eficiente cooperação com o tribunal no apuramento da verdade. Fora do parto, ainda que as *leges artis* possam não estar legalmente identificadas, a vulnerabilidade da mulher reconhecida no artigo 15º A do diploma justifica o ónus probatório a cargo dos profissionais/instituição.

O mesmo entendimento deve ser tido quanto à prova do cumprimento do direito à informação e ao consentimento/dissentimento informado, tendo a doutrina acolhido já este entendimento (do encargo probatório do cumprimento do dever de informação e de obtenção do consentimento informado), no âmbito das ações de responsabilidade médica em matéria de violação de direito à informação e consentimento informado, a qual tem total aplicabilidade neste âmbito, ainda que possamos assistir a algumas nuances a propósito do plano de parto.

Por fim, no que se refere aos maus-tratos, o ónus da prova ficará a cargo da mulher, podendo ser consideradas as declarações da mulher como meio de prova para o efeito. Nem de outro modo poderia ser, pois não poderíamos exigir a prova de factos negativos⁽¹⁰⁴⁾ a cargo dos

profissionais de saúde ou da instituição de saúde, ou seja, a prova de que os maus-tratos não ocorreram.

O contexto de vulnerabilidade da mulher e a necessidade de uma uniformização do regime do ónus da prova atento o facto da Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, se aplicar a todo o tipo de entidades que prestem cuidados/assistência obstétrica, deve assim justificar uma doutrina específica nas ações de responsabilidade médica na obstetrícia decorrentes de situações de violência obstétrica.

Atendendo ao desequilíbrio existente entre a mulher e os profissionais de saúde, desequilíbrio esse reconhecido pela Lei n.º 110/2019, de 9 de setembro, a aplicação do princípio da igualdade de armas e da cooperação, princípios que norteiam o contencioso processual português poderão ser alicerces na fundamentação desta posição, bem como assim, a própria complexidade do fenómeno em causa.

Em situações de violência obstétrica, mais concretamente, no que aos maus-tratos verbais/psicológicos concerne, pode não haver outro meio de se conseguir fazer prova dos factos se não através das declarações da mulher em juízo. Até porque em causa está a prova de factos positivos e constitutivos da sua pretensão indemnizatória, mas a prova de factos negativos a cargo dos profissionais de saúde, a prova de que os maus-tratos não teriam ocorrido.

A admissão das declarações de parte da mulher e a sua valoração em juízo são consequência do princípio de igualdade de armas decorrente do artigo 13º da Constituição conjugado com o artigo 20º da Constituição, que preconiza que

¹⁰⁴ Os factos negativos podem ser classificados em factos negativos definidos e factos negativos indefinidos. Os factos negativos definidos são suscetíveis de prova, mediante a prova do seu contrário, ou seja, através da prova de um facto positivo, pois são factos negativos quanto à sua formulação. Já quanto aos factos negativos indefinidos, a prova dos mesmos é difícil ou impossível de concretizar por serem factos negativos quanto ao conteúdo e podem reportar-se a circunstâncias como alguém nunca ter estado em determinado lugar, nunca ter dito

algo, entre outros factos. Rita Lynce de Faria, A inversão do ónus da prova (...), p.75/6.

todos são iguais perante os tribunais e na aplicação do Direito, impondo a paridade processual entre as partes perante o tribunal e ao longo do processo.⁽¹⁰⁵⁾

Assim, em matéria de violência de género, pese embora a admissão deste meio probatório possa parecer implicar a quebra da imparcialidade do juiz a favor da mulher, tal argumento não colhe, por estar em causa a situação de especial vulnerabilidade da mulher que urge acautelar, sob pena de denegar-se justiça à vítima e deixar-se o profissional de saúde responsável pelos ilícitos cometidos, impune.

Cumpra ainda salientar que a descrédibilização das declarações da mulher em juízo é uma forma de violência institucional de género, conforme decorre da Recomendação nº 33 do Comité CEDAW. Aliás, a instrução do processo, se feita sem as necessárias cautelas, poderá levar à revitimização da mulher inclusive.⁽¹⁰⁶⁾

A Recomendação n.º 33 do Comité CEDAW insta à valoração do depoimento das vítimas de violência de género em vários pontos, impondo a remoção de obstáculos que impeçam a sua valoração, no ponto 25, a), iv) em que refere a necessidade de assegurar que sejam removidos dos ordenamentos jurídicos “*os procedimentos que excluem o testemunho das mulheres ou lhe conferem um estatuto inferior*” salvaguardando “*a questão da credibilidade e do peso dado às opiniões, aos argumentos e aos depoimentos das mulheres, enquanto partes ou testemunhas;*”, no ponto 29/c.

Assumem ainda relevância como meios de prova, a prova testemunhal, a prova documen-

tal – através do processo clínico e/ou do plano de parto apresentado pela mulher e a prova pericial. Quanto a este último meio de prova, defendemos a realização de perícias colegiais e multidisciplinares em Obstetrícia, por forma a serem avaliados todos os tipos de danos provocados, incluindo danos psicológicos, sem prejuízo do que vem disposto no artigo 8º nº 2 da Decreto-Lei nº 166/2012, de 31 de julho, que prevê a possibilidade de se recorrer a especialistas para o efeito. F. Gallego refere a propósito das perícias em matéria de violência de género, a necessidade da mulher ser submetida a perícia com uma equipa multidisciplinar para avaliar as diversas dimensões dos danos causados pelo evento traumático.⁽¹⁰⁷⁾

Bibliografia

- AGUIAR, Janaína Marques, Violência institucionalizada em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de género, São Paulo: Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2010. (Tese de doutoramento)
- AGUIAR, Janaína Marques et al., Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades sob a ótica dos profissionais de saúde, Cadernos de saúde pública, Rio de Janeiro; 29 (1): p. 2287-2296.
- ALEMÁN, Natalia, Derechos sexuales y reproductivos en tensión: intervencionismo y violencia obstétrica, Montevideo, 2011.
- Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto:
- APDMGP (2020) Inquérito de Experiências de Parto ocorridas em Portugal relativo ao período de 2015 a 2019 – 2ª edição, disponível em https://associacao-gravidezeparto.pt/wp-content/uploads/2020/12/Experie%CC%82ncias-de-Parto-em-Portugal_2edicao_2015-19-1.pdf

¹⁰⁵ Joana Rijo Cabral, A prova por declarações de parte no Código de Processo Civil, p.15 e 78.

¹⁰⁶ CNJ, Protocolo (...), p.65.

¹⁰⁷ F. Gallego, Valoracion pericial psiquiátrica y victimas de violencia de género, p.67.

- APDMGP (2016), Reflexão sobre o trabalho de parto e Parto: construção de um plano de preferências de parto, disponível em <http://www.associacaogravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Reflex%C3%A3o-para-a-constru%C3%A7%C3%A3o-do-plano-de-parto-introducao.pdf>
- APDMGP (2015) Inquérito de Experiências de Parto ocorridas em Portugal relativo ao período de 2012 a 2015 – 1ª edição, disponível em https://associacao-gravidezparto.pt/wp-content/uploads/2016/08/Experi%C3%AAncias_Parto_Portugal_2012-2015.pdf
- BELEZA, Teresa Pizarro:
- Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra, Lisboa: AAFDL, 1993.
- Direito das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de género: uma proposta de estudo e de ensino, Coimbra: Almedina, 2010.
- BELLI, Laura F., La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos, Revista Redbioética/UNESCO, ano 4, 1 (7), 25-34, jan.jun 2013.
- BEM, Sandra Lipsitz, The lenses of gender: transforming the debate on sexual inequality, New Haven: Yale University Press, 1993.
- BENDER, Leslie, A lawyer's primer on feminist theory and tort, in Feminist legal theory: readings in law and gender, Boulder; San Francisco; Oxford: Westview Press, copy 1991.
- BOHREN MA, Vogel JP, Hunter EC, Makh SK, Souza JP et al., The Mistreatment of women during childbirth: a systematic review, PLoS Med 12(6): e1001847. doi:10.1371/journal.pmed.1001847.
- BOHREN, Megan A. et al., How women are treated during facility-based childbirth in four countries: a cross-section study with labour surveys, Lancet 2019; 394 1750–63 Published Online October 8, 2019 [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(19\)31992-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)31992-0).
- BOTET, Francesc, Violencia Obstétrica. Visión desde la neonatología, TRICAS, Goberna Josefina e BOLADERAS, Margarita, El concepto “violência obstétrica” y el debate actual sobre la atención al nacimiento, Espanha: Tecnos, 2018.
- BOWSER, Diana e HILL, Kathleen (2010), Exploring Evidence for Disrespect and Abuse in Facility-Based Childbirth, em linha, disponível em https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/32/2014/05/Exploring-Evidence-RMC-Bowser_rep_2010.pdf.
- BRITO, Teresa Quintela de, *Estereótipos prejudiciais de género na prática jurídica: denegação do acesso ao Direito e aos tribunais*, Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 11, janeiro-junho, 2020, pp. 167-219;
- CABRAL, Joana Rijo Pedrosa, A prova por declarações por parte no Código de Processo Civil, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito: Lisboa, 2018 (tese de mestrado).
- CADILHA, Carlos, Regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas anotado (2ª ed.), Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CARON, Olga e Isília Silva, Parturiente e equipa obstétrica: a difícil arte de comunicação, Revista Latino-americana de enfermagem 2002, jul-ag; 10 (4); 485-92.
- CNJ – BRASIL, Protocolo para julgamento numa perspectiva de género, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>.
- CORDEIRO, Pedro, Responsabilidade médica disciplinar no sns, Temas de direito da Medicina – volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- COUTINHO, Diana, Igualdade de género, direitos reprodutivos, e direitos da parturiente: breves notas, in estudos em homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito, Coimbra: Almedina, p.331-348.
- DAHL, Tove, O direito das mulheres – uma introdução à teoria do direito feminista (tradução de Teresa Beleza et al.), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.), Comentário Conimbricense do Código Penal –Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, A criminalização da violência obstétrica e os limites constitucionais de intervenção do direito penal, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Maria da Glória F. P. D. Garcia*, Vol. 3. – p. 1763-1804.

- FÉRIA, Teresa, Julgar numa perspectiva de género?, In Julgar online, nov.2017, p.1-13.
- FRANECZEK, Marie-Laure, Violence obstétricale: essai de définition à partir de la littérature scientifique Gynécologie et obstétrique, Marseille: Université Aix Marseille 2018.
- GALLEGO, Fernando, Valoración pericial psiquiátrica y victimas de violencia de género, in La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales / coord. por Gumersindo Guinarte Cabada, José Ignacio Muñoz Barús, María Sol Rodríguez Calvo (ed. lit.), Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (ed. lit.), 2013, págs. 53-94.
- GIL, Ana Rita Gil, “Imigrantes e Direitos Fundamentais Sociais”, in AA.VV., O contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros e ao regime da entrada, permanência, saída e afastamento do território português, bem como do estatuto de residente de longa duração, Sofia David (coord.), Centro de Estudos Judiciários, 2017, pp. 55-76.
- Haute Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes (2018), Les actes sexiste durant le suivi gynécologique et obstétrical, disponível em <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-et-reproductifs/actualites/article/actes-sexistes-durant-le-suivi-gynecologique-et-obstetrical-reconnaître-et>.
- JARDIM, Danúbia e MODENA, Celina, A violência obstétrica no cotidiano assistencial e suas características, Rev. Latino-Americana de Enfermagem, 2018; 26: e 3069.
- KAY, Herma, Equality and difference: the case of pregnancy, In WEISBERG, Kelly. Feminist Legal Theory: Foundations. Philadelphia: Philadelphia University Press, 1993.
- KATZ, Leila et al., Who is afraid of obstetric violence?, Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., Recife, 20 (2): 627-631 abr-jun., 2020.
- KOPERECK, CS et al., Obstetric Violence in the multinational context, J Nurs UFPE online., Recife, 12(7):2050-60, July., 2018.
- KUKURA, Elisabeth, Obstetric violence, Georgetown Law Jornal, vol. 106 (2018): p. 721-801.
- LEAL, Sarah Pinto, Perception of nurse midwives on obstetric violence, Cogitare Enfermagem 23 (2): e52473, 2018.
- LEVY, Estelle, Les violences obstétricales et gynécologiques appréhender par le droit, disponível em <https://www.village-justice.com/articles/lutte-contre-les-violences-gynecologiques-reserve,40895.html>.
- FARIA, Rita Lynce, A inversão do ónus da prova no direito civil português (2ª ed.), Universidade Católica Editora: Lisboa, 2021.
- MAGALHÃES, Roberta, Violência obstétrica no contexto da violência feminina, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2020. (Tese Doutorado em Direito)
- MILLER, Suellen et al., Beyond too little, too late and too much, too soon: a pathway towards evidence-based, respectful maternity care worldwide, The Lancet, Serie MATERNAL HEALTH|V. 388, ISSUE 10056, P2176-2192, OCTOBER 29, 2016.
- MONTEIRO, Sinde e Figueiredo Dias, Responsabilidade Médica em Portugal, Lisboa: [s.n.], 1984.
- OLIVEIRA, Ana Flávia et al, Violence against women in healthcare institutions: an emerging problem, Series Violence Against Women, Volume 359, Issue 9318, p1681-1685 May 11, 2002.
- Organização Mundial de Saúde (2014), Declaração sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?jsessionid=9DCC1AC41FF-F130231E12D7A58F73541?sequence=3
- Organização Mundial de Saúde, (2002) Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, disponível em www.who.int/violence_injury_prevention/resources/publications/en/WHA4925_eng.pdf
- PASSINHAS, Sandra, Responsabilidade disciplinar médica, Coimbra: Almedina, 2022.
- Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, Violência obstétrica – Parirás com dor, Brasil: Senado Federal, 2012.

- PEREIRA, André Gonçalo Dias: – Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2015.
- O consentimento informado na relação médico-paciente – estudo de direito civil, Coimbra Editora: Coimbra, 2004.
- QUERÉ, Lucile, Les formes ordinaires du consentement. Consciences du droit dans la consultation gynécologique, *Revue Droit et Société* 102/2019, p.413-432.
- RAPOSO, Vera Lúcia, Direitos Reprodutivos, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2 n.º 3 (2005).
- RHODE, Ana Maria, A outra dor do parto: Género, relações de poder e violência obstétrica na assistência hospitalar ao parto, Lisboa: Faculdade de Ciências sociais e humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2016. Tese de mestrado em estudos sobre as mulheres.
- RUSSO, Pilar e Eugenia Matteazzi, Violencia Obstétrica: naturalización del modelo de atención médico hegemonico durante el proceso de parto, Córdoba: Universidade Nacional de Córdoba, 2016.
- SANCHEZ, Montserrat Payá e Júlia Badia, Violencia Obstétrica: la lacra detrás del parto feliz, in GOBERNA-TRICAS, Josefina e BOLADERAS, M., El concepto “violência obstétrica” y el debate actual sobre la atención al nacimiento, Espanha: Tecnos, 2018.
- SANTOS, Andreza Santana, Uma análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico: a necessidade de uma intervenção penal diante da relevância do bem jurídico tutelado, Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2018. (Trabalho de conclusão do curso)
- SENS, Maristela e Ana Maria Stamm, A percepção dos médicos sobre as dimensões da violência obstétrica e/ou institucional, *Interface* 2019, 23, p.1-16;
- SIMÕES, Vânia, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, *Anatomia do Crime – revista de ciências jurídico-criminais* n.º 6 (2017), página 73-94.
- SIMONOVIC, Dubravka, Relatório especial sobre Direitos Humanos e violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com enfoque no parto e violência obstétrica, de 11 de julho de 2019, <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?ln=en>.
- SMART, Carol, *Feminism and the power of law*, London: Routledge, 1995.
- TRICAS, Josefina Goberna e BOLADERAS, Margarita, El concepto “violência obstétrica” y el debate actual sobre la atención al nacimiento, Espanha: Tecnos, 2018.
- VACAFLOR, Carlos Herrera, *Obstetric Violence in Argentina: a study on the legal effects of medical guidelines and statutory obligations for improving the quality of maternal health*, Toronto: Universidade de Toronto, 2015 (Tese de mestrado).
- VIANA, Ana Jéssica Soares e Luciana Fernandes Berlini, Responsabilidade Civil do Médico em casos de violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, *Cadernos da Lex Medicinæ – n.º 4 – Vol. I*, p.79-90.
- VOGEL et al., Promoting respect and preventing mistreatment during childbirth, *BJOG*, 2016 Apr;123(5):671-4, doi: 10.1111/1471-0528.13750. Epub 2015 Dec 1.

Outros materiais de apoio:

- Argentina, Lei nº 24.685 de 14 de abril de 2009, Protección integral para prevenir e sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, disponível em: <http://novedades.filo.uba.ar/sites/novedades.filo.uba.ar/files/6%20ley-26485%20violencia%20contra%20a%20la%20mujer.pdf>.
- Conselho da Europa (2019), Resolução de 3 de outubro de 2019, disponível em http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28236&lang=en&fbclid=IwAR1Fs_3dBoi-tK-CM7djPEsTgGik2ZWjLbuBM4yDJfDPvo2FX5imvAE6xSow.
- Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2011). Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs Brasil, Comunicação nº 17/2008, 29 de julho de 2011, Documento da Organização das Nações Unidas n.º CEDAW/C/49/D/17/2008, disponível em <https://www2.ohchr.org/english/law/docs/cedaw-c-49-d-17-2008.pdf>.

- Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2019). N.A.E. v. Espanha, Comunicação n.º 138/2019, de 13 de julho de 2022, Documento da Organização das Nações Unidas n.º CEDAW/C/82/D/149/2019, disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%-2F82%2FD%2F149%2F2019&Lang=en
- Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2020). M. D. C. P. v. Espanha, Comunicação n.º 154/2020, de 9 de março de 2023, Documento da Organização das Nações Unidas n.º CEDAW/C/84/D/154/2020, disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17.
- Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres (2022). Resolução do Comité para a Eliminação de Discriminação contra Mulheres n.º CEDAW/C/82/D/149/2019. Disponível em <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=-6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsgesS3XMuMTIW18D8vtwB38fJnPp13jDCkgmP1uEoFJuB-4nZLZNnPYqgEjogm9K1Cgn3YEBCRFqR5qxa-8Z23HM9wCnl%2F2rMtQb8EbYOBEUoTXLa-0qRTeh6pYx15p9MiiA%3D%3D>.
- Convenção CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adotada pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1979, aprovada pela [Lei n.º 23/80](https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres-0), de 26/07, disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres-0>
- [Provedoria de Justiça](#). Contribuição do Provedor de Justiça de Portugal para o Estudo da Federação Iberoamericana de Ombudsmen sobre Direitos Reprodutivos e Violência Obstétrica, disponível em: http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/FIO_-_direitos_reprodutivos_-_violencia_obstetrica.pdf
- República Bolivariana da Venezuela, Lei n.º 38.668 de 23 de abril de 2007, Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>.
- Jurisprudência:
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/02/2012, processo 476/09.BBGC.P1S.
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 5 de março de 2021, processo nº118/10.1BEPNF.
- Acórdão do [Tribunal da Relação de Coimbra de 15/5/2013](#), processo nº 1053/10.9T3AVR.C1, relatora Isabel Valongo.

LA PROTECCIÓN DEL TESTADOR VULNERABLE: LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LAS PERSONAS MAYORES (*)

Pilar María Estellés Peralta (**)

Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”

Resumen: Durante los últimos años, el cuidado de los mayores, cada vez más vulnerables, se confía a personas ajenas a los miembros de la familia ya sea en su propio hogar ya en centros geriátricos y asistenciales. Por tal motivo, el legislador ha establecido importantes limitaciones a la libertad de testar con el fin de evitar influencias indebidas en el art. 753 CC, no muy acordes con el principio autonomía de las personas con discapacidad y de respeto a su voluntad, deseos y preferencias que proclama la Convención de Nueva York de 2006.

Palabras Clave: testamento; testador; vulnerable; discapacidad; capacidad; libertad de testar.

Abstract: In recent years, the care of the elderly, increasingly vulnerable, has been entrusted to people other than family members, whether in their own home or in geriatric and care centers. For this reason, the legislator has established important limitations on the freedom to make a will in order to avoid undue influence on art. 753 CC, not very consistent with the principle of autonomy of people with disabilities and respect for their will, desires and preferences proclaimed by the New York Convention of 2006.

Keywords: will; testator; vulnerable; disability; ability; freedom to testify.

Sumario: 1. BREVE EXORDIO. 2. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS MAYORES Y VULNERABLES. 2.1. La capacidad para testar como regla general. 2.2. El control legislativo de la influencia indebida. 3. LAS INCAPACIDADES RELATIVAS DEL REFORMADO ART. 753 CC. 3.1. Ineficacia de las disposiciones testamentarias en favor del curador representativo del testador. 3.2. Nulidad de las disposiciones testamentarias en favor de cuidadores, administradores, empleados y establecimientos en que estuviese internado el testador. 3.3. Ineficacia de las disposiciones testamentarias en favor del cuidador asistencial o de naturaleza análoga del testador. 4. LA LESIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR: CONSIDERACIONES SOBRE LA INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O VULNERABLES. REFERENCIAS.

(*) La presente obra se enmarca en el Proyecto de investigación “Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad” (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación “Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)” CIAICO/2023/024 financiado por la Consejería de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

La presente obra es fruto de la comunicación presentada al III Congreso “Saúde, Novas Tecnologías e Responsabilidade Civil”, Universidad de Alicante, 24 y 25 de septiembre de 2024.

(**) Doctora en Derecho. Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Profesora de Derecho Civil. Vicepresidenta de la Asociación Valenciana de Bioética.

1. Breve exordio

Durante varias décadas la sociedad española y, especialmente, la familia ha sufrido una importante transformación social y afectiva que ha derivado en una nueva composición de esta centrada en la nuclear y apenas en la extensa. Asimismo, la mejora de la esperanza de vida y las actuales dificultades para el cuidado de los mayores, cada vez más vulnerables, se confía a personas ajenas a los miembros de la familia lo que conduce tanto a la soledad de nuestros mayores⁽¹⁾ y al desapego afectivo-familiar derivado de las cada vez más escasas relaciones con los consanguíneos.

Por otra parte, las personas pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad por edad, soledad, situación económica y/o enfermedad. Esta vulnerabilidad, que les impide hacer frente a una subsistencia digna, y puede afectar en una importante proporción al cónyuge viudo, normalmente la mujer, pues no siempre son los hijos y descendientes los que pueden padecer una discapacidad, aunque esta realidad no haya sido atendida por legislador en la reforma de 2021⁽²⁾. La vulnerabilidad impide a la persona

(con o sin discapacidad) -si no recibe los apoyos, ajustes y/o la protección legal adecuados-, su plena, efectiva e igualitaria integración en la sociedad. Así, una discapacidad visual grave no convierte a la persona con esta deficiencia en vulnerable ni tampoco le impide el ejercicio de su capacidad a los efectos de la reforma, siempre que cuente con los ajustes necesarios -técnicos y legales- que le permitan v. gr., otorgar testamento. Por el contrario, otro tipo de discapacidades o de factores endógenos y exógenos provocan vulnerabilidad en ciertas personas. Y quizás sea por ello que, pese al pleno reconocimiento de la igualdad de las personas con discapacidad, no podemos dejar de lado la vulnerabilidad de la mayoría de ellas⁽³⁾, y aquí sí, es donde el legislador se plantea protegerlas, no por su discapacidad, porque ello conllevaría dar un trato discriminatorio y desigual en relación con quienes no padecen discapacidad sino por la vulnerabilidad a la que les aboca su discapacidad. Aunque me pregunto si esto no constituye también un prejuicio y un estigma social⁽⁴⁾.

En todo caso, enfermedad, discapacidad, vulnerabilidad, soledad y desafecto han llevado a muchas personas a ingresar en centros geriátricos y asistenciales que se convierten en su nuevo ho-

¹ De acuerdo con el informe *La soledad en España*, del Observatorio Demográfico CEU-CEFAS, octubre 2024, el número de personas que viven solas en España se ha multiplicado por ocho en los últimos 50 años. Una de cada nueve personas vive sola hoy. Las sociedades occidentales y, especialmente España, tienen un grave y creciente problema de soledad y de pérdida de vínculos familiares. El porcentaje de personas que viven solas en España pasó del 1,9 % en 1970 al 11,1 % en 2024. Además, en el *Censo de Población y Viviendas de 1970* elaborado por el INE, en España vivían solas 660.000 personas (de una población de 34 millones y 8,85 millones de hogares); 50 años más tarde el número de hogares unipersonales ha aumentado a 5,4 millones (con una población total de 48,79 millones de habitantes y 19,3 millones de hogares).

² De acuerdo con los datos proporcionados por el INE, en 2022 el número de personas viudas mayores de 70 años asciende a 2.666.07, cifra que asciende a 2.026.040 sólo en los tres primeros trimestres de

2023 y de las cuales el 80% son mujeres. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4031> (Consultado 6/09/2024).

³ Como ya señaló el Informe del CGPJ Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 20 de noviembre de 2018, p. 100, en relación con la indeterminación de los caracteres de la discapacidad y que planteaba la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad como afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad.

⁴ Según señala ALCÁIN MARTÍNEZ, E., “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, p. 3.

gar y residencia habitual. Pero no todas ellas son personas vulnerables o con discapacidad.

Así las cosas, y atendiendo a esta nueva realidad in crescendo, el legislador ha establecido importantes limitaciones a la libertad de testar con el fin de evitar influencias indebidas a través del art. 753 CC. En base al mismo, se prohíbe y anula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas; e igualmente, se anula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

Asimismo, como no todas las personas que necesitan atenciones y cuidados, ingresan en un establecimiento asistencial, hospitalario o geriátrico, sino que en gran parte de los casos son atendidas en sus propios hogares por terceros, la Ley 8/2021, 2 de junio, que reformó el Código Civil en materia de discapacidad (en adelante Ley 8/2021), incluyó dos nuevos párrafos en el art. 753 CC, limitando la libertad del testador para otorgar disposiciones mortis causa en favor de las personas físicas que presten al causante servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga, salvo que se otorguen en testamento abierto, para mejor control y supervisión notarial de una posible influencia indebida. Opción que no es aplicable si la disposición es en favor de los empleados de los establecimientos geriátricos o asistenciales. Al parecer, el internamiento del testador incrementa el peligro de captación de la voluntad y lleva al legislador a aumentar el nivel de sospecha de manipulación aunque la disposición se otorgue se otorguen en testamento abierto.

Por todo ello, convendría preguntarnos si las prohibiciones del art. 753 CC son acordes con el principio autonomía de las personas con discapacidad y de respeto a su voluntad, deseos y preferencias que proclama la Convención de Nueva York de 2006 o si realmente están más orientadas a salvaguardar los “derechos” sucesorios de los familiares del testador.

2. La capacidad para testar de las personas mayores y vulnerables

en el ámbito sucesorio y de maneral esencial al mismo, cobra especial importancia la voluntad de la persona, verdadera columna vertebral de este asunto, y la posibilidad o imposibilidad de conformar dicha voluntad, pero también de expresarla, aun con apoyos ya sean voluntarios o judiciales si se trata de personas con discapacidad. Y en referencia a esta cuestión se debe proteger la igualdad de todas las personas, sin discriminación alguna, pero protegiendo sus derechos para que puedan conformar su voluntad y expresarla, también en materia sucesoria, como no podía ser de otra manera.

Por ello, cobra especial relevancia la capacidad de testar de las personas con discapacidad para “controlar sus propios asuntos económicos”⁽⁵⁾ que, entre otros, comprenden el destino de sus bienes para después de su muerte, de acuerdo con su voluntad y preferencias y no la voluntad y preferencias de sus familiares o del legislador. En este rango de población se encuentran muchas personas mayores que debido a su edad o enfermedad se encuentran en una situación de discapacidad (física y/o cognitiva) o de vulnerabilidad que no son equiparables.

⁵ Según regula el art. 12.5 Convención.

La Ley 8/2021 ha modificado muchos preceptos relativos a la capacidad de testar y a la forma de otorgar testamento, como los arts. 663, 665, 695, 697, 708, 709, 742, 753 y 782 CC; y no todos con gran acierto y coherencia⁽⁶⁾. En todo caso, la reforma está planteada fundamentalmente para corregir ciertas restricciones atentatorias a la igualdad que imponían los arts. 708 y 709 CC a las personas con discapacidad cognitiva o intelectual o con ciertas discapacidades sensoriales, que resultaban discriminatorias si atendemos al espíritu y finalidad de la Convención.

2.1. La capacidad para testar como regla general

En relación con la capacidad para testar, debemos atender al principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento con anterioridad a la reforma por la Ley 8/2021 y que se exige por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, tanto antes como después de la reforma por la Ley 8/2021, el legislador exige un cierto grado de entendimiento y voluntad a la hora de conformar válidamente y con eficacia “las últimas voluntades” del sujeto⁽⁷⁾. Por ello, el art. 662 CC -precepto no reformado- y atendiendo al carácter personalísimo de la facultad de testar, establece una regla general con relación a la capacidad para testar o testamen-

tificación activa: la capacidad para testar es la regla general, que se presume siempre, y que la incapacidad es la excepción. En consecuencia, contempla la existencia de posibles excepciones (aquellos a quienes la ley lo prohíbe expresamente) basadas en la concurrencia en el testador de circunstancias (especialmente psíquicas) que determinan que la persona carece de la voluntad o consciencia necesarias, del suficiente discernimiento, para disponer voluntariamente de acuerdo con sus deseos y preferencias, de su patrimonio para después de su muerte⁽⁸⁾. En este sentido, la STS 15 marzo 2018⁽⁹⁾, anterior a la reforma, ya señaló que:

“la finalidad de las normas que regulan la capacidad para otorgar testamento es garantizar la suficiencia mental del testador respecto del propio acto de testar. (...) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción”.

Destaca, asimismo, la SAP Madrid 13 mayo 2024⁽¹⁰⁾ que entiende que:

“La capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo, máxime en un supuesto de testamento abierto, como es el litigioso, en el que el notario viene obligado por

⁶ Opina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”, en *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469, en p. 446, la redacción definitiva ha empeorado notablemente respecto de la que se contenía en el Proyecto.

⁷ No es únicamente el art. 662 CC el que se refiere a la cuestión de la capacidad sino que encontramos referencia a la misma en los arts. 664, 666 y 685 CC.

⁸ La STS 4 octubre 2007 (*Tol 1156485*), en referencia a la expresión del art. 663 CC anterior a la reforma, señalaba que no encontrarse el testador en “su cabal juicio”, no significaba que el sujeto padeciera una enfermedad mental prolongada en el tiempo sino que también abarcaba cualquier causa de alteración psíquica que impidiera la facultad de determinarse con discernimiento y espontaneidad, privando al testador del indispensable conocimiento para la correcta comprensión de sus actos y de la capacidad de entender y querer el alcance y significado del acto que se pretende realizar, testar.

⁹ STS 15 marzo 2018 (*Tol 6548076*). Igualmente, la STS 16 mayo 2017 (*Tol 6113490*).

¹⁰ SAP Madrid 13 mayo 2024 (*Tol 10136415*).

ley a asegurarse de que tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de depurar la capacidad del testador a través de la apreciación subjetiva que de ella haya formado el notario, así como que la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria y acreditarse por quien pretende su nulidad”.

Ahora bien, establecida la presunción general de capacidad para testar en el art. 662 CC, ésta queda limitada por el art. 663 CC a los que tengan la capacidad para comprender y manifestar el alcance de las disposiciones testamentarias. Sin embargo, no es lo mismo tener una discapacidad que no afecta a la capacidad de comprender ni de querer que, y esto es más grave, carecer de discernimiento o entendimiento suficiente, que es radicalmente distinto de la dificultad de expresarse de modo comprensible para los demás. La dicción del precepto no puede ser más desafortunada. El vocablo “expresar” utilizado no solo viene asociado a la consecución final de la previa conformación de voluntad, sino que por el uso de la disyuntiva “o” en vez de la copulativa “y” podría considerarse de manera independiente, acercándose en exceso a situaciones físicas o sensoriales, todo lo cual puede conducir a lecturas erróneas, amén de que resulta absolutamente inadecuado utilizar continuamente referencias a la discapacidad, aunque sea de manera indirecta⁽¹¹⁾.

¹¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad”, cit., p. 447, para quien no es peyorativo el uso de la tradicional expresión “cabal juicio”, que también comparto, ni la fór-

Destaca, en consecuencia, la nueva redacción del precepto, que al igual que la antigua, recogen la misma exigencia: para poder otorgar testamento es preciso poseer en dicho momento capacidad de entender y de querer las disposiciones testamentarias. Por tanto, se le prohíbe llevarlo a cabo a quien, por cualquier motivo, no tiene la aptitud precisa para adoptar sus propias decisiones y/o expresar su voluntad. Si bien con la nueva redacción se incide expresamente, como novedad, en que pueda contar con un apoyo que le ayude, o bien en la toma de dicha decisión o bien en la comunicación de la voluntad⁽¹²⁾.

La Observación General excluye, desde mi punto de vista, la consideración de aquellas personas con una discapacidad que les afecta cognitiva y volitivamente hasta el punto de imposibilitarles la conformación y/o comunicación de su voluntad y preferencias, en muchas ocasiones, desde el nacimiento y de modo irreversible, lo que también desactiva la posibilidad de “reconstruir” su voluntad para apoyarle desde el respeto a sus preferencias y deseos. Se trata de personas que no pueden beneficiarse del sistema de apoyos previsto, no pueden ejercer su derecho a la toma de decisiones, y ni siquiera pueden renunciar a él explícitamente. Simplemente no es posible, en estos casos excepcionales, interpretar su voluntad o preferencias⁽¹³⁾.

mula empleada por el Proyecto, que no prosperó, de tener “afectadas las facultades necesarias para hacerlo”.

¹² Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., “Artículo 663. CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3258.

¹³ ALBERT MÁRQUEZ, M., “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PERENA VICENTE y

Estas situaciones pueden producirse en los casos de enfermedad mental degenerativa como el alzhéimer, que depende de la fase de la enfermedad; o bien debido a otras enfermedades mentales de las que hay listadas más de 400 actualmente, que impidan a la persona comprender verdaderamente el alcance de sus actos. Algunas de ellas, y pese a que la persona se expresa perfectamente, pueden provocar una grave desconexión con la realidad⁽¹⁴⁾. En definitiva, la “discapacidad” para testar no es cualquier deficiencia (aún severa) que afecte negativamente a la realización de los actos de la vida diaria de la persona sino que únicamente es significativa aquella discapacidad -permanente o temporal- cognitiva o conductual que afecte negativamente a su capacidad de discernimiento, entendimiento o comprensión del acto que va a celebrar. Sin importar si estas deficiencias son congénitas o sobrevenidas. Lo que se exige a la persona con discapacidad para testar válidamente, como cualquier otra, es que posea la capacidad natural que exige la ley.

2.2. El control legislativo de la influencia indebida

La protección del testador vulnerable por motivos de discapacidad pero también de ancianidad, que puede resultar necesaria en algunos casos, ha llevado al legislador a actualizar algunas de las medidas de naturaleza preventiva que históricamente habían tenido por finalidad evitar la manipulación del testador, influyendo

en su *voluntas testatoris*⁽¹⁵⁾. Para Pérez Gallardo, el avance de la vejez conlleva, en buena parte de los casos, a una situación de vulnerabilidad susceptible de convertir a la persona en fácilmente manipulable y sugestionable por quienes ejercen ascendencia sobre ella, al romperse ese equilibrio de poder tan necesario para la independencia y autonomía de toda persona. Se trata sin duda de lo que la doctrina, esencialmente anglosajona, denomina testador vulnerable⁽¹⁶⁾. Se puede definir como la persona de edad avanzada y salud débil que vive sola⁽¹⁷⁾; como persona frágil⁽¹⁸⁾. Así, la persona vulnerable requiere de una especial protección si se tiene en cuenta que frente a ella no se dan los vicios tradicionales de la voluntad como el engaño, la intimidación, el error o la violencia, sino la captación de la voluntad de manera más o menos sibilina hasta conseguir que forme y

M.^a del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 185-218, p. 189.

¹⁴ En el caso del autismo, se trata de un trastorno del neurodesarrollo que cursa con gran afectación funcional y una disfunción interpersonal grave, según los casos, que repercute en su capacidad.

¹⁵ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código civil (a propósito de la Reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho)”, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M.^a del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 555-585, en p.559-560, para quien “en la propia medida en que se transita hacia una ancianidad avanzada, tales personas se hacen más dependientes, afectiva, espiritual y materialmente, de sus más cercanos apoyos, en la mayoría de esos casos, los cuidadores”.

¹⁶ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit. p. 556.

¹⁷ VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, en *Estudios de Derecho Privado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 143.

¹⁸ ZURITA MARTÍN, I., “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY et al.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112, en p. 84, para quien esta fragilidad, la situación de precariedad física o psíquica en la que puede hallarse el testador a la hora de otorgar testamento, lo “convierte en un sujeto especialmente vulnerable por causa, no solo de la trascendencia del acto de disposición patrimonial que realiza, sino, sobre todo, de los intereses particulares de otras personas que pueden abusar de su posición de debilidad”. Para PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., pp. 558-559, esta fragilidad lo lleva a depender cada día más de sus familiares o de cuidadores que le asisten en su casa o en los centros geriátricos o de cuidado de salud donde suele ser internado.

expresé una voluntad testamentaria favorable a quien ha ejercido esa influencia⁽¹⁹⁾. Pese a ser tan importante, carece de sustantividad propia en nuestro Código Civil⁽²⁰⁾. Tiene un componente subjetivo que cuestiona la libertad en el consentimiento debido al abuso o aprovechamiento de una situación de confianza o de debilidad o dependencia; a su vez, al componente subjetivo se le añade otro componente objetivo, que conlleva la utilización o aprovechamiento de una situación ventajosa para beneficio personal del manipulador⁽²¹⁾.

La influencia indebida se considera cuando proviene tanto de quien presta apoyos como del entorno personal o familiar o de terceros no allegados como el cuidador⁽²²⁾. Y sobre estos aspectos deberán centrarse los peritos y expertos que tengan que informar sobre la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad, así como de quien presta el apoyo, asegurándose de que la voluntad de la persona con discapacidad es libre y sin indebidas influencias de quien apoya o de terceros⁽²³⁾ para

evitar futuras impugnaciones. Cuestión nada sencilla. Y en este precario equilibrio, el notario es la mejor salvaguardia. La intervención del notario supone y garantiza una importante labor de asesoramiento e información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad testamentaria, alejando al testador de abusos o influencias indebidas⁽²⁴⁾. Aún con todo, el riesgo de que la persona vulnerable y/o con discapacidad pueda ser objeto de influencias indebidas que escapen al control notarial no puede justificar la adopción de soluciones que desatiendan el respeto a la voluntad y preferencias de la persona⁽²⁵⁾ ya sea vulnerable, ya sufra una discapacidad.

3. Las incapacidades relativas del reformado art. 753 CC

Pese a lo antedicho, los artículos 752 y siguientes del Código Civil regulan una serie de supuestos pensados para impedir la captación de la voluntad del testador y preservar su libertad testamentaria, mediante el establecimiento de ciertas prohibiciones de disponer denominadas incapacidades relativas. A pesar de ello, llegado el caso, se declarará la nulidad y, por tanto, la ineficacia únicamente de la disposición testamentaria, que no del testamento cuya validez se mantiene. Así pues, los arts. 752, 753 y 754 CC se fundamentan en la posibilidad o probabilidad -debido a la especial situación de vulnerabilidad del testador- de la captación de su voluntad y, en consecuencia, de una posible

¹⁹ VAQUER ALOY, A., “La protección”, cit., p. 143.

²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-80, en p. 76.

²¹ Vid. PALAZÓN GARRIDO, M. L., “El abuso de debilidad, confianza o dependencia”, en *Derecho Contractual Comparado* (dir. por I. Sánchez), vol. I, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 1303.

²² Opinión contraria mantiene DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Veintiocho: El artículo 665 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 887-893, p. 891, quien circunscribe la influencia indebida tan sólo a la persona que presta una medida de apoyo. Para PÉREZ GALLARDO, L. B. “El testador vulnerable”, cit., p. 562, no quedaría incluido el curador asistencial, un tema de por sí polémico.

²³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Las grandes líneas”, cit., p. 77.

²⁴ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., p. 577.

²⁵ En el mismo sentido, BARBA, V., “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55, p. 51.

influencia indebida, declarando la incapacidad de suceder al testador de las personas referenciadas en dichos artículos⁽²⁶⁾. Se trata de meras sospechas del legislador hacia los mencionados en los citados preceptos -y no de una real y demostrada captación de voluntad o influencia indebida- con importantes consecuencias, sin atender a la presencia del notario en el otorgamiento del testamento (y no sólo abierto) en la mayoría de los casos.

Además, la reforma ha añadido nuevas incapacidades relativas mediante el art. 753 CC al incluir la incapacidad relativa del curador representativo anterior a la extinción de dicha curatela, según la nueva redacción del párrafo primero del precepto. Al tratarse de una norma restrictiva de derechos, quedarían fuera de la prohibición por no haber sido mencionadas, otras instituciones de apoyo como el curador no representativo, el guardador de hecho y el defensor judicial⁽²⁷⁾, como si en estos casos no fuera posible la influencia indebida y la manipulación del testador. Aunque, algunos autores entienden que sí queda incluido en el precepto tanto el curador representativo como el no representativo, pero no el guardador de hecho y el defensor judicial; el guardador de hecho,

porque es más apropiado incluirlo en el supuesto del cuidador habitual; el defensor judicial porque su actuación es puntual careciendo de la situación de permanencia que se requiere para la posible influencia indebida o captación de la voluntad. En todo caso, siempre es posible impugnar el testamento por dolo o intimidación si el defensor judicial o el guardador de hecho han influido indebidamente en el testador⁽²⁸⁾.

3.1. Ineficacia de las disposiciones testamentarias en favor del curador representativo del testador

Excluida por la Ley 8/2021 la mención al tutor de las personas con discapacidad, cargo que se reserva ahora únicamente para la tutela de menores, la restricción del precepto se circunscribe al curador representativo. La redacción del actual art. 753 CC tiene como finalidad proteger a los testadores vulnerables, con discapacidad, limitando el ámbito de aplicación subjetiva de la norma a los curadores representativos y dejando fuera de la prohibición a los curadores asistenciales⁽²⁹⁾. Parece ser que la razón se fundamenta en que la labor de los curadores asistenciales se limita a informar, ayudar, auxiliar o sugerir las alternativas más adecuadas al proyecto de vida de la persona con discapacidad, pero sin que ello suponga ni tan

²⁶ ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Comentarios al artículo 753 Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCÓVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5616; y Represa Polo, M. P.: “Treinta y cinco. El artículo 753 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 906-919, en p. 909.

²⁷ En este sentido, ALGABA ROS, S., “Artículo 753 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3697, para quien no se considera aplicable este apartado a los guardadores de hecho, ni curadores asistenciales o defensor judicial a los que se aplicaría, en su caso, las reglas de vicios de la voluntad, de no poder ser incluidos en el supuesto previsto en el art. 753.3 CC.

²⁸ En este sentido, REPRESA POLO, M. P., “El artículo 753 CC”, cit., p. 912, de quien disiento porque si es cierto que el riesgo de captación es posible en todas las medidas de apoyo enumeradas, se trata de una norma prohibitiva que debe interpretarse restrictivamente.

²⁹ Para DE SALAS MURILLO, S., “Reconstrucción de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador”, *Derecho Privado y Constitución*, 35, julio-diciembre (2019), pp. 57-85, p. 64, no cabe extender la incapacidad para suceder a otros guardadores legales, como el defensor judicial. *Vid.*, asimismo, sobre esta cuestión, a ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en Derecho de sucesiones”, en pp.451-502, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 456.

siquiera complementar el ejercicio de su capacidad jurídica, que de acuerdo con el art. 282.4 CC “procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”⁽³⁰⁾ y que el curador con facultades representativas puede, a diferencia del curador asistencial, sustituir la voluntad del curado en determinados actos (art. 288 CC). Pero no debemos olvidar que es imposible la sustitución en materia testamentaria dada la naturaleza personalísima del testamento. Luego no se comprende esta medida, esta diferencia de trato entre el párrafo primero y el tercero del precepto. La influencia indebida que pueda ejercer un curador asistencial y un curador representativo es exactamente la misma. Además, la curatela representativa solo se contempla para supuestos excepcionales e imprescindibles en los que cabe plantearse si no estará afectada la capacidad de testar de la persona curada y, por tanto, sea ociosa la prevención legislativa⁽³¹⁾.

Quizás hubiera sido más lógico incluir a los dos tipos de curador, tanto el asistencial como el representativo. Sin embargo, el párrafo primero del precepto reformado priva de eficacia a las disposiciones realizadas en favor del curador representativo, sean a título de herencia o de legado, mientras dure la curatela (representativa), sin excepción. No admite que puedan ser válidas si se otorgan en testamento notarial abierto como sí contempla el párrafo tercero del precepto comentado. Se trata de una norma pre-

ventiva que busca a todas luces garantizar la libertad dispositiva mortis causa del testador con discapacidad, que le hace vulnerable respecto de personas cuya voluntad pueda ser captada sibilinamente y sobre las que se puede ejercer notoria influencia sobre su ánimo y voluntad. Se trata de un control ex ante que evita la ulterior impugnación⁽³²⁾. Y que, por tanto, impide que puedan resultar beneficiadas en el testamento del curado, a no ser que siendo familiares del testador queden excluidos de la prohibición⁽³³⁾. Por otra parte, el precepto en su párrafo primero no prevé la extensión de la prohibición a los parientes del curador, a diferencia de lo que se contempla en los arts. 752 y 754 CC⁽³⁴⁾, que siempre han tenido como fundamento evitar disposiciones indirectas en favor de personas interpuestas⁽³⁵⁾.

³⁰ En este sentido, PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., pp. 564 y 565.

³¹ En tal sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, julio-diciembre, 2021, p. 131. Y DIAZ ALABART, S. “Derecho de sucesiones”, cit., p. 219.

³² PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., pp. 564 a 567, para quien “esta medida preventiva solo atañe al curador representativo, no al asistencial. Respecto de este último no hay restricción alguna de disposiciones testamentaria a su favor. Empero, el legislador presume que el curador asistencial no pueda incidir a tal punto que ejerza influencias indebidas, o en todo caso no contempla al testador con discapacidad como un sujeto vulnerable en tanto la medida de apoyo que tiene, lo cual es sumamente discutible. Si bien es cierto que aquella persona que necesita un apoyo intenso, como lo es la curatela con facultades de representación, tendrá mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, mayor posibilidad de ser manipulable y con ello se activa el rojo cautelar del legislador, no deja de ser posible tampoco que una persona con un curador asistencial también lo pueda ser. (...) el temor fundado de la captación o sugestión existe y está presente, cualquiera sea la intensidad del apoyo, de ahí que el distingo legal sea de incierta viabilidad”.

³³ DIAZ ALABART, S., “Derecho de sucesiones y discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 191-238, p. 219.

³⁴ En opinión de ALGABA ROS, S., “Artículo 753”, cit., p. 3699, “a diferencia de los arts. 752 y 754 CC en este precepto no se mencionan a los parientes de los incapaces, lo que no impide que en su caso opere el art. 755 CC si se dan sus presupuestos”.

³⁵ En tal sentido, REPRESA POLO, M. P., “El artículo 753 CC”, cit., p. 913.

3.2. Nulidad de las disposiciones testamentarias en favor de cuidadores, administradores, empleados y establecimientos en que estuviese internado el testador

Con la misma finalidad, se añaden dos párrafos más al art. 753 CC, atendiendo a los problemas derivados de una mayor expectativa de esperanza de vida y al deterioro relacional de las familias que ha llevado a muchas personas a ingresar en centros geriátricos y asistenciales que se convierten en su nuevo hogar y residencia habitual. Durante varias décadas la sociedad española y, especialmente, la familia ha sufrido una importante transformación social y afectiva que ha derivado en una nueva composición de la familia basada definitivamente en la nuclear y apenas en la familia extensa, y en el modelo de convivencia de los padres con los hijos. Asimismo, la incorporación de los dos miembros de la pareja al mercado de trabajo y la mejora de la esperanza de vida desencadena una auténtica dificultad en el cuidado de los mayores que se confía a personas ajenas a los miembros de la familia lo que conduce al desapego derivado de las cada vez más escasas relaciones con los consanguíneos con los que, en algunos casos -afortunadamente los menos- apenas se comunican. Por ello, y atendiendo a esta nueva realidad *in cescendo*, es por lo que el precepto ahora prohíbe y anula “la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos”, ya sean privados o públicos.

Los establecimientos a que hace referencia el precepto serán de tipo asistencial, hospitalario, geriátrico; sanatorios, clínicas, o centros especializados, etc. que por sus características puedan acoger temporal o de manera permanente y prestar servicios a personas con problemas de salud psíquica, física o sensorial o de edad avanzada.

Del mismo párrafo segundo del art. 753 CC, se desprende que las personas físicas que presten al causante servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga, como empleados de los establecimientos geriátricos o asistenciales no podrán ser favorecidas con disposiciones sucesorias aunque sean ordenadas en testamento notarial abierto⁽³⁶⁾ mientras el testador se encuentre internado en estos centros⁽³⁷⁾.

Aunque nada aclara el precepto, debemos entender que la prohibición tan sólo se aplica a los testamentos otorgados durante el tiempo en que el testador haya estado internado en dichos establecimientos y con independencia del valor de la atribución. El internamiento del testador parece que supone un peligro de captación de

³⁶ Para PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., p. 575, “hacer extensiva la prohibición al testamento abierto o notarial me parece desproporcionada, pues el notario es un valioso apoyo institucional con el cual puede contar el testador, esté aun en situación de vulnerabilidad. No hay razón para distinguir en este orden entre los cuidadores informales que les asisten en la casa y los cuidadores formales o institucionales o el propio establecimiento geriátrico o asistencial si la voluntad testamentaria se formaría con el asesoramiento y la metodología socrática que aplica el notario”.

³⁷ En opinión de DIAZ ALABART, S., “Derecho de sucesiones”, cit., p. 221, el principio que subyace es el de evitar que personas desaprensivas, puedan aprovecharse de la situación de discapacidad que padecen otras y que dependen en su día a día de aquéllas, por lo que es razonable la preocupación del legislador a este respecto. Sin embargo, opina PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., p. 580, que “la posibilidad de manipular a un testador vulnerable es más tentadora y probable entre cuidadores y apoyos intensos de naturaleza familiar que respecto de cuidadores formales o asistenciales que trabajen en centros o establecimientos geriátricos”.

la voluntad⁽³⁸⁾ y lleva al legislador a incrementar el nivel de sospecha de manipulación⁽³⁹⁾. En algunos casos, sin duda, no obstante, la generalización lesiona los intereses, voluntad y preferencias de todos los testadores, también de los que no han sufrido influencias indebidas ni captación de la voluntad.

Aun con todo, nada le impide al testador internado testar en favor de otras personas no señaladas por el precepto pese a encontrarse internado en estos centros, como los familiares de sus cuidadores bien sean de los titulares, administradores o empleados del establecimiento y ello no se ha contemplado por la ley.

3.3. *Ineficacia de las disposiciones testamentarias en favor del cuidador asistencial o de naturaleza análoga del testador*

No todas las personas que necesitan atenciones y cuidados ingresan en un establecimiento asistencial, hospitalario o geriátrico, sino en gran parte de los casos son atendidas en sus propios hogares por terceros. En párrafo tercero del precepto, el legislador también establece la misma prohibición pero de manera más atenuada y permite, pero tan sólo si se ordena en testamento notarial abierto, que “las demás personas

físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante” puedan ser favorecidas en la sucesión de éste⁽⁴⁰⁾. La indeterminación del término “naturaleza análoga” permite incluir otro tipo de actividades que puedan realizarse para asistir al testador⁽⁴¹⁾.

Así pues, nos encontramos con dos excepciones: la primera, hace referencia a que, curador o cuidador, sean parientes con derecho a suceder ab intestato (art. 753 in fine CC). Aquí sí entiendo, porque así lo recoge el precepto, que queda incluido el curador no representativo y el guardador de hecho en tanto que “cuidador”. Amén de ello, esta diferencia de trato hacia los parientes con derecho a heredar ab intestato, tiene su fundamento al decir de la doctrina, en la carga de afecto que se presume en las relaciones familiares y que minimizan la sospecha de captación de la voluntad del testador⁽⁴²⁾. Al mismo tiempo, hay una novedad introducida por la reforma en relación con las personas exceptuadas de la prohibición de disponer testamentariamente en su favor: ya no son sólo los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del testador⁽⁴³⁾, sino que cabe incluir a otros parientes como los tíos, sobrinos, primos, etc., dentro del cuarto grado de consanguinidad.

³⁸ DE SALAS MURILLO, S., “Reconsideración de la prohibición”, cit., p. 66.

³⁹ PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., p. 575 y 580, para quien “si el internamiento no es prolongado, cabría sospechar de cualquier atribución testamentaria a favor del centro en que se interne la persona o de sus empleados. Si es prolongado, tal sospecha pudiera estar matizada, pues cabe la posibilidad de que el cuidador tenga merecimiento suficiente para una atribución patrimonial como un legado de módico valor. En tal sentido, debió pensarse más la prohibición, pues un legado como al que se hace referencia, puede perfectamente ser admisible, lo cual no quiere decir que no quepan influencias indebidas o un actuar sibilino para obtener dicho legado. El legislador en la reforma pretendió cortar por lo sano y no deja lugar a dudas. No son válidas las atribuciones patrimoniales de ninguna naturaleza con independencia del valor de lo atribuido”.

⁴⁰ OPINA CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prohibición legal”, cit., p. 132, que se podría entender incluidos en el tercer párrafo del precepto tanto al curador asistencial como al guardador de hecho y al defensor judicial tanto para prevenir posibles influencias de éstos como para permitirles suceder al discapacitado si éste testó en testamento notarial abierto.

⁴¹ ALGABA ROS, S., “Artículo 753”, cit., p. 3698.

⁴² Por todos, DIAZ ALABART, S., “Comentario al art. 753 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, 2011, p. 1859.

⁴³ Señala PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable”, cit., p. 579, que no se debe pasar por alto el gapazo del legislador cuando alude a los parientes, sabiendo que entre los llamados a la sucesión está el cónyuge, que no es pariente del causante.

La segunda excepción del art. 753.3 CC, se refiere a las personas físicas que presten al causante servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga que únicamente podrán ser favorecidas con disposiciones sucesorias si, y solo si, son ordenadas en testamento notarial abierto para mejor control y supervisión notarial de una posible influencia indebida. Presume el legislador que en estos casos el notario será capaz de detectar una influencia indebida o captación de voluntad del testador -haciendo recaer una grave responsabilidad sobre el notario-, pero al que no considera capaz o no se le exige la misma diligencia y responsabilidad en los supuestos de internamiento del testador contemplados en el art. 753.2 CC⁽⁴⁴⁾.

4. La lesión de la libertad de testar: consideraciones sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias de las personas con discapacidad o vulnerables

los arts. 752 y siguientes del Código Civil y especialmente el art 753 CC, regulan la prohibición e ineficacia de ciertas disposiciones de las personas vulnerables y de las personas con discapacidad que implican una grave limitación al principio de libertad de disposición. En los casos contemplados en estos preceptos, el legislador no cuestiona la capacidad del otorgante pero sí que pueda estar sometido a una posible captación de voluntad⁽⁴⁵⁾. En tales casos, la doctrina considera la insuficiencia de la medida adoptada para sancionar todos los supuestos de

influencia indebida previstos en la Convención y que han quedado fuera del ámbito del precepto reformado, por lo que, plantea que se pueda impugnar el testamento por la vía de los vicios de la voluntad que dan lugar a la nulidad total del testamento (art. 673 CC) y no únicamente de la disposición testamentaria -sanción mucho más leve en aplicación del principio general del derecho sobre la conservación de los actos y negocios jurídicos⁽⁴⁶⁾ que en Derecho de sucesiones se concreta en el *favor testamenti*⁽⁴⁷⁾. Tampoco se admite prueba en contrario. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad “querida” por el testador, entiendo que debe descartarse cualquier interpretación del precepto que de un modo absoluto y taxativo aplique automáticamente el precepto *-ope legis y iure et de iure-*, sin posibilidad de prueba en contrario⁽⁴⁸⁾, pues ello es atentatorio, antes y ahora, de la libertad de testar. El remedio no puede ser la eliminación del derecho porque tal solución sería más perjudicial para el discapacitado que la propia materialización del riesgo, según señala la SAP Badajoz 14 septiembre 2020⁽⁴⁹⁾.

Por ello, es sorprendente la posición protectora y paternalista que adopta el legislador, que no regula *si hay* o no influencia debida, cap-

⁴⁶ Vid. SSTS 19 mayo 2015 (Tol 5202913), 30 octubre 2012 (Tol 3060021) y 15 enero 2023 (Tol 340703).

⁴⁷ Reconocido jurisprudencialmente por las SSTS 20 marzo 2013 (Tol 3063331) 15 enero 2013 (Tol 3407803), 10 septiembre 2015, (Tol 5580106), 3 junio 2014 (Tol 4395123) y 30 octubre 2012 (Tol 3060021), o la SAP Castellón 16 marzo 2022 (Tol 9103540), por citar algunas.

⁴⁸ Vid. al respecto, CLEMENTE MEORO, M., “Nuevas líneas jurisprudenciales en materia sucesoria”, en *Derecho de Sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA y M. E. COBAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2107, p. 125. Asimismo, STS 19 mayo 2015 (Tol 5202913).

⁴⁹ SAP Badajoz 14 septiembre 2020 (Tol 8103605).

⁴⁴ En todo caso, queda abierta la posible impugnación por vicios del consentimiento, de consecuencias más graves, del art. 673 CC. Esta misma idea la comparte DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad”, cit., p. 454.

⁴⁵ REPRESA POLO, M. P., “El artículo 753 CC”, cit., p. 909.

tación de voluntad, intimidación o dolo en la formación de la voluntad testamentaria del testador vulnerable, no siempre con discapacidad, sino *si la puede haber*, esto es, la posibilidad o probabilidad de que se produzca. Y ante tal posibilidad, que puede no darse, cercena la libertad de testar sin más. ¿Dónde queda el derecho a decidir libremente el testador (muy limitado en nuestra legislación), a equivocarse⁽⁵⁰⁾, a adoptar decisiones que otros puedan entender como “erróneas” si le conviene, porque ello es acorde a sus deseos y preferencias o para ser agradecido con quien se ha ocupado de sus necesidades vitales e incluso afectivas? No se permite, según parece⁽⁵¹⁾. Y, sin embargo, la posibilidad de adoptar decisiones, asumir riesgos, por ende, equivocarnos, es una manifestación del derecho a la autodeterminación, a la autonomía personal, a la propia decisión independiente -sin aprobaciones ni autorizaciones de terceros, sean estos familiares o el anónimo legislador- de todas las personas y, también, de las personas con discapacidad o vulnerables⁽⁵²⁾.

No me parece admisible que este tipo de normas preventivas que -como ha señalado la

jurisprudencia- tienen su fundamento en garantizar la total libertad dispositiva del testador, evitándole sugerencias o captaciones en un trance que le hace vulnerable a las presiones de quien, por razón de su ministerio, puede ejercer una gran influencia en el ánimo del enfermo, se apliquen de manera generalizada, no me parece que estas normas constituyan una manifestación de la protección que el ordenamiento jurídico proporciona al testador vulnerable en defensa de su libertad de testar, como afirma en este sentido, la STS 8 abril 2016⁽⁵³⁾, anterior a la reforma de 2021 porque no atiende a *si hay* influencia debida, captación de voluntad, intimidación o dolo en la formación de la voluntad testamentaria del testador vulnerable, sino *si la puede haber*, que no es lo mismo.

En todo caso, es innegable que hay que atender al hecho de que hay enfermedades que comprometen la aptitud natural de entender y querer de quienes las padecen⁽⁵⁴⁾ y su voluntad. En consecuencia, los actos y negocios jurídicos que pretenden adoptar, pueden atentar a su interés personal y patrimonial, pese a que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General núm. 1.21, declaró que el “principio del interés superior” no es salvaguardia que cumpla con el art. 12 de la Convención y, por el contrario, el paradigma de la voluntad y preferencias, debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los

⁵⁰ En opinión de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela ¿una nueva institución?, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.ª del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 224, todos nos equivocamos, pero la cuestión es que hay momentos en la vida en que somos capaces de advertir nuestros errores y otros en que no, porque nos falta esa capacidad de entendimiento y análisis.

⁵¹ Opina DE SALAS MURILLO, S., “Reconsideración de la prohibición”, cit., p. 69, que el Código Civil “proyecta sobre estas circunstancias una suerte de tacha, o por lo menos de sospecha, de inmoralidad en los sucesores, presuntos captadores de voluntad, con el lógico correlato de la limitación de voluntad por parte del disponente, que se convierte, en el caso del art. 753, en una barrera infranqueable cuya justificación no es en absoluto clara”.

⁵² En este sentido, *vid.* interesante análisis de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Las grandes líneas”, cit., p. 48.

⁵³ STS 8 abril 2016 (*Tol 5694636*).

⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-124, en p. 108.

demás⁽⁵⁵⁾. A este respecto, Martínez de Aguirre⁽⁵⁶⁾, considera que la interpretación del Comité sobre el art. 12 de la Convención, ignora que dicho precepto, en su párrafo cuarto *in fine* menciona expresamente los intereses de las personas con discapacidad⁽⁵⁷⁾ por lo que es evidente que no solo “pueden” sino que “deben” ser tomados en cuenta. En relación con ello, la STS 6 mayo 2021⁽⁵⁸⁾ sistematizando los principios inspiradores de la reforma por la Ley 8/2021, señala que:

“El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”.

Efectivamente, cuando una persona tenga afectada su capacidad de formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le

impida tomar conciencia de su estado y valorar la necesidad de un apoyo -apoyo que incluso rechaza-, sería posible en aras de su interés personal y patrimonial que el apoyo (incluso del guardador) adopte decisiones que contarían sus deseos y preferencias⁽⁵⁹⁾. Pero no si se trata de las disposiciones testamentarias de esta persona. En mi opinión, si el notario -en su intervención- aprecia que no tienen suficiente capacidad natural, no podrá otorgar disposiciones testamentarias ni acertadas ni erradas; pero si aprecia su capacidad para testar, este tipo de disposiciones de última voluntad -que se adoptan para después de la muerte del testador- ¿en qué van a perjudicar sus intereses si a la apertura de su sucesión ya habrá fallecido? Podrá perjudicar a sus legitimarios pero esa es otra cuestión distinta. Estamos analizando si la regulación debe proteger la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad y no si debe proteger las expectativas sucesorias de otros.

En consecuencia, si la finalidad de la norma es precisamente “proteger la voluntad del testador”, cuando quede probado que éste ha testado libremente y que el contenido del testa-

⁵⁵ En relación con la posible permanencia del principio del mejor interés de la persona con discapacidad en algunos supuestos, DE SALAS MURILLO, S., “¿Existe un derecho a no recibir apoyos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, pp. 227 y ss., y SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020, p. 394.

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y GARCÍA MAYO, M.), Bosch, Madrid, 2021, pp. 118-119.

⁵⁷ Cuando afirma que “Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

⁵⁸ STS 6 mayo 2021 (*Tol 8431634*).

⁵⁹ Asimismo, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La guarda de hecho”, cit., p. 101. Asimismo, con MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La Observación General”, cit., pp. 118-119. En el mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Las grandes líneas”, cit., pp. 38 y ss. *Vid.* a este respecto, la STS 8 septiembre 2021 (*Tol 8585229*) y la citada STS 6 mayo 2021 (*Tol 8431634*). Interesantes también las distintas posiciones doctrinales al respecto de ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 499 y 500; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela ¿una nueva institución?”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 225; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La Observación General”, cit., pp. 118-119 y 121-122. *Vid.* STS 18 septiembre 2024 (*Tol 10197239*).

mento coincide con su voluntad real, la eficacia del testamento no debería verse afectada, de lo contrario con el fin de proteger la voluntad del testador como ley suprema de la sucesión estaríamos desplazando o prescindiendo la misma. Por ello, bien está que el legislador en aras de salvaguardar la voluntad del testador establezca cautelas, pero siempre que no cercenen su libertad⁽⁶⁰⁾.

En este sentido, la SAP Madrid 27 noviembre 2019⁽⁶¹⁾ ya señalaba que los padecimientos físicos que tenía el causante debido a la grave enfermedad oncológica terminal e irreversible que padecía a la fecha del otorgamiento del testamento e incluso la situación de ansiedad y dependencia en la que se encontraba el paciente, motivadas por aquella:

“no implican una ausencia de juicio o entendimiento en el momento de la firma del testamento aquí cuestionado. La parte ahora recurrente se ha venido limitando a invocar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba su padre, pero no ha justificado (ni siquiera invocado), conducta alguna llevada a cabo -indudablemente por la esposa de éste, por ser a quien demandan- que haya podido torcer la voluntad de juicio del causante. En palabras del perito psiquiatra antes citado, Sr. E., la llamada vulnerabilidad a la influencia debida, precisa no sólo de la constatación de un estado por virtud del cual la persona enferma ha perdido la autonomía precisando de otra u otras personas para realizar las acti-

vidades básicas de la vida sino de una situación de aislamiento del paciente por parte de la persona que ayuda o cuida al que no puede cuidarse por sí mismo, lo que de la prueba obrante en las actuaciones no se aprecia en absoluto”.

Además de lo antedicho, nótese que el notario interviniente debe velar por evitar todo abuso o influencia indebida e incluso, debe comprobar -si ello es posible- que la persona no ha contemplado en disposiciones previas, indicadores de abuso o cautelas especiales para impedir dicho abuso o conflicto de intereses⁽⁶²⁾. Tampoco debemos olvidar que nuestro sistema de legítimas ejerce un importante efecto bloqueo protector de los derechos de los legitimarios, que a su vez atenta a la libertad de testar y decidir mortis causa sobre el destino de los propios bienes del causante/testador. Consecuentemente, no se entiende el porqué de tantas prohibiciones.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la posición de un importante sector doctrinal para quien “una prohibición de suceder para las personas que se han ocupado del cuidado del testador cuando más lo necesitaba choca frontalmente con el legítimo deseo de recompensar a las personas que han tenido actitudes bondadosas y generosas con el causante y, en definitiva, supone una restricción muy fuerte a la libertad de testar en sentido negativo”, y “es más, la falta de retribución o retribución insuficiente en vida que muchas veces caracteriza estas formas de cuidado, hace que tampoco sean justas las prohibiciones *ex ante* como las previstas (...), sobre todo si estas no permiten matizar en fun-

⁶⁰ En este sentido, REPRESA POLO, M. P., “El artículo 753 CC”, cit., p. 910, entiende que el legislador podría platear presunciones *iuris tantum* que evitan la prueba de la captación con la dificultad que ello implica; pero mejor resultaría aún, señala la autora, que se admitiera la prueba de que no se ha producido ninguna captación de voluntad o lo que es lo mismo, que el testador otorgó testamento libre y voluntariamente, dando validez a lo querido por él, tal cual lo quiso. Véase, sobre este tema BERROCAL LANZAROTI, A. I., “Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2021, pp. 2392-2442, en p. 2395.

⁶¹ SAP Madrid 27 noviembre 2019 (Tol 7805735).

⁶² MARÍN CALERO, C., *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022, p. 43.

ción de las circunstancias del caso”⁽⁶³⁾.

En todo caso, la prohibición nunca debería haber sido incluida en la reforma. Por ello, en mi opinión, si entendemos que entre los postulados de la dignidad de la persona está el decidir qué destino quiere para sus bienes tras su muerte y en la elección de ese destino, “la protección y el paternalismo no se pueden volver en su contra impidiendo lo que él o ella quieren, a lo mejor con todas sus fuerzas: dejar los bienes a la persona física o jurídica que más y mejor se ha ocupado de ellos. Si el criterio del ‘mejor interés de la persona con discapacidad’ se considera abandonado e incluso en algunos sectores proscrito, ¿por qué ha de decidir el legislador qué es lo mejor para él en este punto prohibiéndoselo a priori?”⁽⁶⁴⁾.

Referencias

⁶³ TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., “La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”, en *Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 183 y 184. *Vid.*, asimismo, DE BETTENCOURT RODRIGUES, D., “Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el derecho portugués”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 38, 2024, pp. 260-295, en p. 284, el caso en el que la asistencia es proporcionada por particulares plantea mayores dificultades: no sólo porque implica riesgos para la persona mayor atendida, sino también porque no protege la posición de quien cuida”; “la situación en la que la persona mayor contrata a alguien para que le cuide a cambio de un beneficio sucesorio será la situación que entraña mayores riesgos, en particular, si estamos ante alguien que la persona mayor no conocía previamente y con quienes no tenía ningún tipo de vínculo, familiar o de amistad”.

⁶⁴ *Vid.* DE SALAS MURILLO, S., “Reconsideración de la prohibición”, cit., pp. 76 y 77.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ALBERT MÁRQUEZ, M., “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M.^a del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 185-218.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E., “La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2021, pp. 1 y ss.

ALGABA ROS, S., “Artículo 753 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. CANIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3697 y ss.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Reformas en Derecho de sucesiones”, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.451-502.

BARBA, V., “El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por J. R. DE VERDA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela ¿una nueva institución?, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.^a del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 224 y ss.

- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela ¿una nueva institución?”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 219-256.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prohibición legal de testar para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113, julio-diciembre, 2021, pp. 91-157.
- CLEMENTE MEORO, M., “Nuevas líneas jurisprudenciales en materia sucesoria”, en *Derecho de Sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA y M. E. COBAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2107, pp. 89-144.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”, en *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Veintiocho: El artículo 665 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 887-893.
- DE BETTENCOURT RODRIGUES, D., “Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el derecho portugués”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 38, 2024, pp. 260-295.
- DE SALAS MURILLO, S., “¿Existe un derecho a no recibir apoyos?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.
- DE SALAS MURILLO, S., “Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador”, *Derecho Privado y Constitución*, 35, julio-diciembre (2019), pp. 57-85.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 81-124.
- DIAZ ALABART, S., “Comentario al art. 753 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, 2011, pp. 1859 y ss.
- DIAZ ALABART, S., “Derecho de sucesiones y discapacidad”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 191-238.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español”, en *El nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica* (coord. por N. ÁLVAREZ LATA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-80.
- MARÍN CALERO, C., *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*, Aferre, Barcelona, 2022.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y GARCÍA MAYO, M.), Bosch, Madrid, 2021, pp. 105 y ss.
- Observatorio Demográfico CEU-CEFAS., Informe *La soledad en España*, octubre 2024.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L., “El abuso de debilidad, confianza o dependencia”, en *Derecho Contractual Comparado* (dir. por I. SÁNCHEZ), vol. I, Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 1303 y ss.

- PÉREZ GALLARDO, L. B., “El testador vulnerable y las influencias indebidas. Los antidotos que dispensa el artículo 753 del Código civil (a propósito de la Reforma sobre la capacidad jurídica en el derecho)”, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M.^a del M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 555-585.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Artículo 663-CC”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por A. Cañizares Laso), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3258 y ss.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, octubre-diciembre 2020, pp. 385-428.
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P., “La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”, en *Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 183 y ss.
- VAQUER ALOY, A., “La protección del testador vulnerable”, en *Estudios de Derecho Privado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 143 y ss.
- ZURILLA CARIÑANA, M. A., “Comentarios al artículo 753 Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 5616; y Represa Polo, M. P.: “Treinta y cinco. El artículo 753 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 906-919.
- ZURITA MARTÍN, I., “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY et al.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112.

DEVE O BRASIL MANTER O ATUAL ENTENDIMENTO SOBRE O DIREITO À CONFIDENCIALIDADE DOS DOADORES DE GAMETAS?

Clara Gustin (*)

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal (Lei n. 48/2019). 3. O direito ao conhecimento das origens genéticas. 4. O direito à confidencialidade dos doadores de gametas. 5. Double Track Systems. 6. O posicionamento Brasileiro sobre a confidencialidade. 7. A colisão de princípios. 8. Considerações Finais. 9. Referências bibliográficas.

Resumo: Este trabalho objetiva demonstrar o entendimento brasileiro do Conselho Federal de Medicina (CFM) em comparação com a Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal (Lei 48/2019), especialmente no que concerne à confidencialidade dos doadores de gametas. Mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, será considerado o entendimento português sobre o direito às origens genéticas em comparação com o atual contexto jurídico brasileiro. Concluiremos, ao final, se a ausência de legislação específica no Brasil tende a seguir a normativa Portuguesa ou persistir com o emanado pelo CFM.

Palavras-chave: Direito à identidade. Direito à confidencialidade. Procriação Medicamente Assistida. Origem genética. Brasil. Portugal.

Abstract: This paper aims to demonstrate the Brazilian understanding of the Federal Council of Medicine (CFM) in comparison with the Medically Assisted Procreation Law of Portugal (Law 48/2019), especially regarding the confidentiality of gamete donors. Through a bibliographic and jurisprudential review, the Portuguese understanding of the right to genetic origins will be considered in comparison with the current Brazilian legal context. In the end, we will conclude whether the absence of specific legislation in Brazil tends to follow Portuguese regulations or continue with what is established by the CFM.

Keywords: Right to identity. Right to confidentiality. Medically Assisted Procreation. Genetic origin. Brazil. Portugal.

1. Introdução

A procura pelo conhecimento das origens biológicas tem se tornado frequente com a ascensão do comércio de testes genéticos. Esses são capazes de informar sobre a ancestralidade, predisposição de doenças hereditárias e, ainda, conectar indivíduos de mesma linhagem familiar⁽¹⁾. Nesse sentido, enquanto a busca pela ascendência biológica é um direito nato, uma

(*) Graduada em Direito pela PUCMG, Pós-Graduada em Direito Médico e Bioética pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), Especialista em Direito da Medicina pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Estudos de Responsabilidade Ética da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de Minas Gerais. Advogada. E-mail: claradesousagustin@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6529-4706>.

¹ BONE, Leonardo Castro de. Comentários ao acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional português e ao novo regime previsto na Lei de Procriação Medicamente Assistida (com alterações dadas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho): uma análise crítica ao problema do anonimato do doado. *Civilistica*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–24, 2023, pg.11. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/914>. Acesso em: 17 set. 2024.

facilidade, para alguns indivíduos, aqueles que foram concebidos por meio de técnicas de reprodução assistida no Brasil, não possuem tal liberalidade.

A legislação brasileira não possui nenhuma norma formal que tutele sobre a identidade genética, sendo necessário recorrer ao entendimento emanado pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 2.320/2022), que defende a confidencialidade dos doadores de gametas⁽²⁾. Em contrapartida, grande parte dos países europeus possuem entendimento de que a identidade dos doadores de gametas deve ser fornecida aos indivíduos gerados, uma vez que fazem parte da historicidade pessoal destes. O primeiro país que proibiu o anonimato na doação de gametas foi a Suécia em 1985, sendo seguida por outros países, tais como Alemanha, Suíça, Noruega, Inglaterra⁽³⁾ e, recentemente, Portugal.

Assim, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, pretende-se comparar os princípios norteadores da legislação Portuguesa em face do posicionamento emanado pelo Conselho Federal de Medicina Brasileiro.

2. A Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal (Lei n. 48/2019)

Inicialmente, é importante esclarecer que a Lei de número 48/2019 é uma atualização da Lei nº 32/2006 de 26 de julho, que fora elaborada após o julgamento do acórdão 225/2018 de 24 de abril, pelo Tribunal Constitucional de Portugal. Neste, foi enfatizado a importância do conhecimento das origens genéticas como sendo um fator essencial para a construção da identidade, vejamos:

“O direito ao conhecimento da origem genética faz parte da identidade da pessoa nascida destas técnicas, da sua personalidade, da sua historicidade pessoal, independentemente da ausência de relação de afetividade. (...) Estamos a falar de um mero conhecimento, é certo, mas de um conhecimento fundamental de modo a que a ninguém seja vedada a possibilidade de conhecer a própria história e reafirmar a sua individualidade.”⁽⁴⁾

Nessa acepção a Lei 48/2019 atualiza a redação do artigo 15º da Lei 32/2006⁽⁵⁾, determinando o direito dos indivíduos gerados por técnicas de procriação medicamente assistida à obtenção de informações de natureza genética, inclusive sobre a possível existência de restrição legal a projetado casamento aos maiores de 16 anos. Ademais, para aqueles que atingirem a idade de 18 anos, também é concedido o acesso de informações sobre a identificação civil do doador de gametas por meio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

² CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira De. O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: The knowledge of genetic origin as a right of personality. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n.11 (2018), pg. 62. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/187>. Acesso em: 22 ago. 2024.

³ Glenn Cohen, Travis Coan, Michelle Ottey, Christina Boyd, Sperm donor anonymity and compensation: an experiment with American sperm donors, Journal of Law and the Biosciences, Volume 3, Issue 3, December 2016, Pg. 470, <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw052> Acesso em: 20/10/2024

⁴ PORTUGAL, Acórdão n.º 225/2018, Relator: Conselheiro Pedro Machete, Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> Acesso em 24/09/2024.

⁵ PORTUGAL, Lei 32/2006 de 26 de julho, Diário da República n.º 143/2006, Série I de 2006-07-26, páginas 5245 - 5250. Artigo 15º. Data de Publicação: 2006-07-26. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/32-2006-539239> Acesso em 24/09/2024.

Tendo a referida Lei entrado em vigor no mês de agosto de 2019, foi necessária a adoção de um regime de transição para a adaptação da confidencialidade dos doadores, que estabeleceu, em síntese, as seguintes medidas: (i) apenas se o doador permitir expressamente a revelação de sua identidade, o anonimato civil é garantido para embriões e gametas doados até o dia 7 de maio de 2018, com prazos de uso de até cinco e três anos, respectivamente; (ii) as doações utilizadas até a data de 7 de maio de 2018 também permanecem confidenciais; (iii) a confidencialidade deste doador não impede o acesso a informações específicas previstas na Lei n.º 32/2006; e (iv) após os prazos mencionados, os embriões e gametas serão destruídos se o doador não autorizar a revelação de sua identidade.⁽⁶⁾

3. O direito ao conhecimento das origens genéticas

Define-se como o direito das origens genéticas a possibilidade de saber, pelo indivíduo concebido pelas técnicas de procriação medicamente assistida, informações pertinentes (identificadoras) sobre o seu doador de gametas (ou embriões)⁽⁷⁾. Assim, o ordenamento jurídico português valida o direito ao conhecimento das origens genéticas por meio da harmonia entre os princípios fundamentais expressos na Constituição da República Portuguesa⁽⁸⁾. Isto posto,

passa-se a analisar seus princípios norteadores.

Primeiramente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º) atua como cerne, como elemento essencial que promove a autonomia e tratamento igualitário para cada indivíduo, sendo norma fundamentadora para os demais princípios. O art.25º, nº1, retrata o direito à integridade moral e física, enquanto o art.26º, nº1, versa sobre o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e conhecimento das origens genéticas, garantindo assim a individualidade e a chamada “historicidade pessoal”⁽⁹⁾.

Além disso, o conhecimento das origens genéticas também pode ser amparado pela união dos arts.26º (no que tange à reserva da intimidade da vida privada e familiar) e art.35º, nº4 (em que o acesso a dados pessoais de terceiros é vedado, salvo em casos excepcionais previstos na lei) da Constituição, inferindo no “direito à autodeterminação informacional genômica”, que possibilita ao indivíduo ter conhecimento sobre a sua composição genética⁽¹⁰⁾. Nessa acepção, o direito ao conhecimento das origens genéticas já foi reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos junto ao conceito de vida privada, no qual a ancestralidade estaria atrelada ao direito de identidade e ao desenvolvimento pessoal.⁽¹¹⁾

85

<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775> Acesso em 26/09/2024

⁶ PORTUGAL, Lei 48/2019 de 08 de julho, Diário da República n.º 128/2019, Série I de 2019-07-08, páginas 3415 - 3416. Data de Publicação: 2019-07-08. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/48-2019-122996204> Acesso em 24/09/2024.

⁷ REIS, Rafael Vale E. PROBLEMAS ACTUAIS DA PMA: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO; DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO DADOR. Curso de Especialização em Direito da Medicina. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, pg.23, 2021.

⁸ PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em:

⁹ REIS, Rafael Vale E. Deve abolir-se o anonimato do doador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? Pg.163, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

¹⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António Da Silva. Engenharia Genética: Curso de Especialização em Direito da Medicina.Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021.

¹¹ REIS, Rafael Vale E. The Right to Know One's Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective', (2008), 16, European Review of Private Law, Issue 5, pg.783-785, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/16.5/ERPL2008060> Acesso em: 10/08/2024

Em suma, o direito das origens genéticas se apresenta como um direito fundamental autônomo, em que o seu conhecimento permite a livre desenvoltura da personalidade cumulada com o direito à verdade de cada indivíduo⁽¹²⁾. Todavia, é mister elucidar que o direito às origens genéticas não estabelece qualquer responsabilidade patrimonial ou afetiva pelos doadores de gametas, pois trata-se apenas de conhecimento genético e não social. Assim foi o disposto no julgamento do acórdão 225/2018:

“Ao permitir-se – ou permitir-se prioritariamente – ao filho o *direito de conhecer e saber a sua verdadeira identidade genética e biológica*, tal não constitui uma diminuição ou discriminação da filiação jurídica nem de quaisquer outros direitos a ela inerentes: **o reconhecimento da origem genética ou biológica não contende com a filiação havida, pelo que não implica qualquer direito ou dever paterno ou materno relativamente àquele cuja origem se investiga**. Efetivamente, respeita-se e salvaguarda-se de forma equilibrada, no estrito cumprimento das diretrizes constitucionais, os vários direitos fundamentais em tensão.”⁽¹³⁾ (grifo nosso)

Noutro contexto, o saber sobre as origens genéticas é de grande importância para a saúde, uma vez que é vital para se evitar o desenvolvimento de enfermidades genéticas ou, até mesmo, resolver diagnósticos precários, transgeracionais, relativos tanto à saúde física, quanto à saúde mental.⁽¹⁴⁾

4. O direito à confidencialidade dos doadores de gametas

A vertente a favor do anonimato da identidade dos doadores de gametas fundamenta-se no direito à privacidade e confidencialidade destes, assim como nas possíveis consequências da revelação da identidade, especialmente no que tange à escassez no número de doadores, que será tratada a seguir.

A escassez de doadores pode ter como sequelas (i) o aumento das listas de espera para tratamentos férteis, (ii) a impossibilidade de escolha de raça e de características similares dos doadores para com os casais inférteis (visando a melhor integração da criança que será concebida no ambiente familiar), (iii) a redução das exigências relativas aos materiais biológicos a serem utilizados, (iv) o aumento de terapias agressivas, podendo levar a um crescimento de gestações múltiplas e (v) a implementação de um mercado negro para comércio de gametas.⁽¹⁵⁾

Não obstante, com a queda dos doadores e a sequente dificuldade de obtenção de gametas, pretendentes aptos para as técnicas de reprodução assistida podem não ter seu desejo (e direito) de formar família concretizado, uma vez que a fila de espera pode fazer com que as mulheres ultrapassem o limite de idade máximo⁽¹⁶⁾.

Em contrapartida às possíveis consequências e incertezas acima demonstradas, é fundamental analisar o caso da Suécia, a qual, por ter sido o primeiro país a abolir a confidencialidade nas doações de gametas, apresenta a análise temporal dos benefícios e consequências com maior fidedignidade. Primeiramente

¹² REIS, Rafael Vale E. Op cit. Pg.164.

¹³ PORTUGAL, Acórdão n.º 225/2018, Relator: Conselheiro Pedro Machete, Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> Acesso em 26/09/2024.

¹⁴ CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira. Op.cit, pg.62.

¹⁵ REIS, Rafael Vale E. Op. cit. pg.170.

¹⁶ BONE, Leonardo Castro. Op. cit. pg 13.

foi observado que o nível de doadores, após a proibição do anonimato em 1985, obteve uma queda de 200 doadores anuais para apenas 30 em 1988. Todavia, foi posteriormente averiguado que, no período entre 1989 e 1993, houve um aumento de 65% no número de doadores, acarretando a escassez unicamente no momento inicial na mudança legislativa⁽¹⁷⁾. Esse fenômeno é conhecido como “período de janela”, no qual a sociedade se adapta à nova legislação ao longo do tempo⁽¹⁸⁾.

Outrossim, com a queda do anonimato, também foi constatado a ascensão de outra classe de doadores, quais sejam, homens mais experientes e financeiramente estabilizados (já com família), no lugar de jovens estudantes buscando auferir ganho financeiro⁽¹⁹⁾. Nesse sentido, conclui-se que a teoria da escassez de doadores apresenta falhas, devendo a sua análise ser realizada com maior marco temporal e análise dos tipos de doadores, objetivando maior certeza.

5. Double Track Systems

Em face das ideologias opostas (permitir ou vedar o anonimato dos doadores de gametas), foi elaborada a proposta de Double Track Systems, como sendo uma espécie de duas vias de escolha de gametas. Isso significa que os receptores poderiam escolher entre um doador anônimo ou um doador que autorizasse a divulgação de sua identidade.

¹⁷ Cohen, I. Glenn, Sperm and Egg Donor Anonymity: Legal and Ethical Issues (April 28, 2015). Oxford Handbook of Reproductive Ethics (Leslie Francis ed., Oxford University Press, 2015, Forthcoming, pg.04. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2600262> Acesso em 01/09/2024

¹⁸ REIS, Rafael Vale E. Op. cit. pg.171.

¹⁹ Ibidem pg.172.

Esse modelo seria aplicável em países que pretendessem analisar o impacto da revelação da identidade antes de implementá-la, como uma forma de teste, permitindo calcular as consequências negativas ou positivas advindas da mudança legislativa⁽²⁰⁾. À primeira vista a proposta parece simples, possibilitando ao doador e ao beneficiário o direito de escolha conforme a sua realidade e preferência. Ocorre que, em momento algum foi considerada a escolha dos indivíduos a serem gerados, seriam esses fadados à escolha arbitrária de seus pais sobre suas origens? Nessa perspectiva, não se vislumbram maneiras pelas quais o ordenamento jurídico poderia se adequar, pois, o direito fundamental às origens genéticas, à identidade, seria proporcionado apenas para alguns, distante do princípio basilar de igualdade.⁽²¹⁾

6. O posicionamento Brasileiro sobre a confidencialidade

Diferentemente de Portugal, o Brasil não possui legislação específica sobre a procriação medicamente assistida, motivo pelo qual a sociedade se baseia nas resoluções emanadas pelo Conselho Federal de Medicina⁽²²⁾. Neste, é basilar o entendimento do anonimato nas doações de gametas, assim como, é vedada a sua comercialização pela Constituição Federal Brasileira,

²⁰ REIS, Rafael Vale E. PROBLEMAS ACTUAIS DA PMA: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO; DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO DADOR. Curso de Especialização em Direito da Medicina. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, pg.22, 2021.

²¹ REIS, Rafael Vale E. The Right to Know One's Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective', (2008), 16, European Review of Private Law, Issue 5, pg.798, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/16.5/ERPL2008060> Acesso em: 10/08/2024

²² CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira. Op. cit. pg.62.

art.199, parágrafo quarto.⁽²³⁾, (24)

Para tanto, faz menção aos itens 02 e 04 das Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, expostos na Resolução CFM nº 2.320 de 20 de setembro de 2022, atual referência sobre o tema:

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.

4. Deve ser mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com a ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a). (grifos nossos)⁽²⁵⁾

Isto posto, por mais que o Conselho Federal de Medicina adote o regime de anonimato entre doadores e receptores, a resolução acima permite uma exceção, como pode ser observado nos casos de permissão de identidade dos doadores de gametas que sejam parentes de até quarto

grau, desde que não haja consanguinidade.

Para além dessa contradição, o posicionamento do Conselho relativo à defesa do anonimato também é oposto ao art.48 da Lei 8.069/90⁽²⁶⁾, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que as crianças adotadas possuem o direito de conhecer sua origem biológica aos 18 anos de idade⁽²⁷⁾.

Nota-se então que ao analisar a lei supracitada, o direito à identidade genética já existe no país como um desdobramento do direito da personalidade, porém propiciado unicamente para os indivíduos que passaram por um processo de adoção, em absoluta oposição ao princípio da igualdade (art.5º, inciso primeiro⁽²⁸⁾ da Constituição Federal Brasileira)⁽²⁹⁾. Nesse sentido, se a legislação permite aos adotados o reconhecimento do direito de informações sobre a sua ancestralidade, não há motivo pelo qual os indivíduos gerados por doação de gametas sejam suprimidos do mesmo direito.⁽³⁰⁾

Frisa-se que o conhecimento sobre a ancestralidade não implica em uma relação de parentesco ou patrimonial, pois o que se pretende é apenas o conhecimento das origens

²³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

²⁴ LEITE, T. H. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 24, n. 3, pg. 923, mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhKRCp8c5fNWw/#> Acesso em 04/10/24

²⁵ BRASIL, Autor institucional Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº Resolução CFM nº 2.320/2022. Publicada no D.O.U de 20 de setembro de 2022, Seção I, pg.107. Brasília: CFM; 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso 27 de setembro de 2024.

²⁶ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

²⁷ LEITE, T. H. Op. cit. pg.924.

²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

²⁹ CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira. Op. cit. pg.63.

³⁰ REIS, Rafael Vale. Op. cit. pg.785.

biológicas⁽³¹⁾.

7. A colisão de princípios

Diante de todo o aqui exposto, restou clara a oposição entre as duas vertentes, seja a favor do anonimato, seja a favor da revelação da identidade dos doadores de gametas. Assim, propõe-se como forma de solução a realização da ponderação de princípios, analisando, de um lado, o direito à privacidade e à confidencialidade e, de outro, o direito à identidade genética.⁽³²⁾

Sob esse aspecto, é imperioso fazer menção ao ilustre jurista Robert Alexy, responsável por desenvolver a teoria da colisão de princípios. Essa é aplicada quando, em face de determinado conflito normativo, torna-se necessário fazer uma ponderação de princípios, escolhendo, de acordo com a situação fática, o que melhor será empregado. Importante esclarecer que a escolha de um princípio não significa anular os demais conflitantes, mas apenas determinar o que será mais efetivo e proporcional para a situação⁽³³⁾. Vejamos:

“Alexy explica que a colisão entre princípios ocorre quando, por exemplo, algo é vedado por um princípio, mas permitido pelo outro (v.g., o conflito entre o anonimato do doador e o conhecimento das origens genéticas), situação em que um princípio deverá ceder, o que, contudo, não significa considerá-lo nulo.⁽³⁴⁾”

Tendo em vista a ausência de consagração expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o conhecimento das origens genéticas, em oposição ao conhecimento notório sobre o di-

reito à confidencialidade e vida privada, far-se-á alusão ao entendimento do Tribunal Constitucional Português:

“A proteção da personalidade exige que o direito tutele o direito à verdade, o direito ao conhecimento das origens genéticas, de modo a que, em última instância, seja preservada a própria identidade pessoal do ser humano. (...)”

O direito ao conhecimento da origem genética faz parte da identidade da pessoa nascida destas técnicas, da sua personalidade, da sua historicidade pessoal, independentemente da ausência de relação de afetividade.⁽³⁵⁾

No presente caso, com a melhor definição dos princípios em conflito, conclui-se que o conhecimento das origens genéticas é o que prevalece em relação à privacidade, uma vez que a identidade genética possui relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (corolário da Constituição Federal Brasileira), sendo necessário para o desenvolvimento da personalidade e autodeterminação de cada indivíduo^{(36),(37)}.

8. Considerações Finais

O tema trazido ao debate objetivou expor a controvérsia entre a legislação portuguesa e o entendimento brasileiro relativo às doações de gametas anônimas para as técnicas de reprodução medicamente assistida.

No primeiro momento, fez-se menção ao aumento na procura das origens biológicas por

³¹ CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira. Op. cit. pg.63.

³² Ibidem, pg.68.

³³ BONE, Leonardo Castro. Op. cit. pg 17.

³⁴ Ibidem, pg.17.

³⁵ PORTUGAL, Acórdão n.º 225/2018, Relator: Conselheiro Pedro Machete, Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> Acesso em 26/09/2024.

³⁶ CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira. Op. cit. pg.71.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalves Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António Da Silva. Op.cit. pg.12-16.

meio do comércio de testes genéticos (prática comumente realizada em países europeus e americanos) com intuito de demonstrar a crescente busca de informações sobre a ancestralidade pela sociedade.

Foi retratada a ausência de legislação e a defesa da confidencialidade dos doadores de gametas do Brasil, em contrapartida com a legislação específica e o entendimento português sobre o direito à identidade dos doadores. Foram mencionados países como Suécia, Alemanha, Suíça, Noruega e Inglaterra, também como defensores do direito à identidade.

Para subsídio à argumentação, foi analisada a Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal (Lei n. 48/2019), em que o acesso às informações sobre o doador de gametas é permitido a partir dos 18 anos do receptor, por meio do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Em especial, a partir dos 16 anos também é possível o acesso às informações sobre a possibilidade de alguma restrição legal a casamentos. Ainda, com a vigência da lei, foi demonstrado o regime de transição de confidencialidade dos doadores, divididos em três etapas, para a correta adaptação da sociedade.

Na sequência, foi realizada análise do direito ao conhecimento das origens genéticas de acordo com a Constituição da República Portuguesa, incluindo o posicionamento do Tribunal Constitucional Português e da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em suma, o conhecimento das origens genéticas implica no conhecimento como um todo do indivíduo, da maneira pela qual foi concebido, da sua ancestralidade e da sua própria identidade genética, culminando assim na sua historicidade pessoal e autodeterminação. Esse direito se vê amparado

pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia, da integridade física e moral e do desenvolvimento da personalidade.

Demonstrou-se também a importância do conhecimento da história genética em se tratando de saúde, para a efetividade de tratamentos e prevenção de doenças. Nessa toada, esclareceu-se também que a abolição ao anonimato dos doadores de gametas não ocasionaria efeitos de filiação ou patrimoniais, ou seja, o doador não possui responsabilidade para com o filho(a) gerado, uma vez que o direito à origem genética possui vínculo com a personalidade do indivíduo, não devendo ser confundido com o direito à paternidade.

Por outro lado, foram expostos os argumentos a favor da confidencialidade dos doadores de gametas, embasados, principalmente, no direito à vida privada e na teoria da escassez de doadores. A teoria expõe as possíveis consequências da liberação da identidade dos doadores, tais como o aumento das listas de espera para tratamentos férteis, a impossibilidade de escolha de características similares dos doadores para com os casais inférteis, a redução das exigências relativas aos materiais biológicos a serem utilizados, o aumento de terapias agressivas com a possibilidade de gestações múltiplas e a implementação de um mercado negro para o comércio de gametas. Todavia, em análise ao caso da Suécia, observou-se que a escassez de doadores ocorreu apenas no momento inicial da mudança legislativa com o posterior crescimento de uma nova classe de doadores.

O artigo também discorreu sobre o chamado “Double track systems”, cuja proposta pode ser equiparada a “uma via de mão dupla”, criada para os países que pretendem analisar o im-

pacto da revelação da identidade dos doadores de gametas antes de implementarem a lei. Assim, possibilita-se ao beneficiário a escolha de doadores com (ou sem) identidade revelada. Porém, demonstrou-se que esse sistema é incompatível com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que apenas alguns dos receptores poderiam ter acesso à informação genética.

No contexto brasileiro, restou claro a ausência de lei específica sobre as técnicas de procriação medicamente assistidas, motivo pelo qual o país se ampara na Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, que determina a confidencialidade dos doadores e a vedação à comercialização de gametas. No entanto, foi verificado que a própria resolução a favor da confidencialidade, apresenta uma exceção, qual seja, a revelação da identidade nos casos de doação de gametas para parentesco de até quarto grau.

Não obstante, trouxe a debate o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em que expressamente permite o conhecimento das origens biológicas para aqueles que foram adotados a partir da maioridade (18 anos). Considerando o princípio da igualdade como pilar do Estado Democrático e ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro as leis estão em posição hierárquica superior às resoluções, indaga-se a razão pela qual apenas os indivíduos gerados por reprodução assistida estão sendo ceifados de exercerem o devido direito à identidade genética, uma vez que deveria ser realizada a analogia com os indivíduos que passaram pelo processo de adoção.

Como forma de solução, foi proposta a Teoria da Colisão de Princípios, em que, havendo colisão entre normas, aplicar-se-á o princípio

que fora mais adequado e proporcional à situação fática. Salienta-se que a aplicação de um determinado princípio não implica na anulação do outro. Dessa forma, constatou-se que no conflito entre o anonimato ou a revelação da identidade do doador de gametas, prevalece o direito à identidade. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana prepondera perante o princípio da confidencialidade, uma vez que a revelação da identidade permite o exercício e a proteção da personalidade, da identidade e da historicidade, fatores determinantes para a autodeterminação do indivíduo.

Por fim, diante do exposto, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro necessita, imediatamente, da devida regulação legislativa sobre as técnicas de reprodução medicamente assistidas, em especial, determinando o fim da confidencialidade dos doadores de gametas. Logo, deve o país se amparar na legislação portuguesa, principalmente para evitar a perpetuação do que já está acontecendo: a violação do princípio constitucional da igualdade.

9. Referências bibliográficas

BONE, Leonardo Castro de. Comentários ao acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional português e ao novo regime previsto na Lei de Procriação Medicamente Assistida (com alterações dadas pela Lei n.º 48/2019, de 8 de julho): uma análise crítica ao problema do anonimato do doado. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–24, 2023. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/914>. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n.º

8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n.º 2.320/2022. Publicada no *D.O.U.* de 20 de setembro de 2022, Seção I, p. 107. Brasília: CFM, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 27 set. 2024.

CARVALHO, Bruna Fernandes Pereira de. O conhecimento da origem genética como direito da personalidade. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 11, 2018. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/187>. Acesso em: 22 ago. 2024.

COHEN, I. Glenn. Sperm and Egg Donor Anonymity: Legal and Ethical Issues. In: *Oxford Handbook of Reproductive Ethics* (Leslie Francis ed.). Oxford: Oxford University Press, 2015 (forthcoming). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2600262>. Acesso em: 01 out. 2024.

COHEN, Glenn; COAN, Travis; OTTEY, Michelle; BOYD, Christina. Sperm donor anonymity and compensation: an experiment with American sperm donors. *Journal of Law and the Biosciences*, v. 3, n. 3, p. 468–488, dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw052>. Acesso em: 20 out. 2024.

LEITE, T. H. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 3, p. 917–928, mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhtrCQRq-Cp8c5fNWw>. Acesso em: 04 out. 2024.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. Engenharia Genética: Curso de Especialização em Direito da Medicina. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021.

PORTUGAL. Acórdão n.º 225/2018, Relator: Conselheiro Pedro Machete, Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Acesso em: 24 set. 2024.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho de 2006. Diário da República n.º 143/2006, Série I, p. 5245–5250, 2006. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/32-2006-539239>. Acesso em: 24 set. 2024.

PORTUGAL. Lei n.º 48/2019, de 8 de julho de 2019. Diário da República n.º 128/2019, Série I, p. 3415–3416, 2019. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/48-2019-122996204>. Acesso em: 24 set. 2024.

RAPOSO, Vera Lúcia. Procriação medicamente assistida. Curso de Especialização em Direito da Medicina. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021.

REIS, Rafael Vale e. Deve abolir-se o anonimato do doador de gametas na Procriação Medicamente Assistida? Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

REIS, Rafael Vale e. Problemas actuais da PMA: gestação de substituição; direito ao conhecimento da identidade do dador. Curso de Especialização em Direito da Medicina. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021.

REIS, Rafael Vale e. The Right to Know One's Genetic Origins: Portuguese Solutions in a Comparative Perspective. *European Review of Private Law*, v. 16, n. 5, p. 779–799, 2008. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/16.5/ERPL2008060>. Acesso em: 10 ago. 2024.

COGNIFY E MEDICINA ALTERNATIVA INVASIVA: UMA ANÁLISE DAS INTERSEÇÕES COM A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTEXTO DA REABILITAÇÃO PENAL*

Brenno Henrique Nascimento · Giovana dos Santos Gonçalves

Assessores de Pós-Graduação no Gabinete do Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: *O conceito de “Cognify: prisão do futuro”, idealizado pelo cientista alemão Philip K. Dick, inaugura um paradigma disruptivo na interseção entre a inteligência artificial (IA) e a reabilitação penal. Com base em algoritmos sofisticados, a iniciativa busca não apenas personalizar tratamentos penais e prever a reincidência, mas também implantar memórias artificiais, permitindo que apenados vivenciem os impactos de seus atos sob a perspectiva das vítimas. Este artigo analisa, em profundidade, os desafios legais, éticos e sociais associados a essa proposta no Sistema Prisional brasileiro, com ênfase nas normas jurídicas nacionais.*

Palavras-chave: *Cognify; Inteligência Artificial; Sistema prisional; Responsabilidade civil; Ética Jurídica.*

Abstract: *The concept of “Cognify: prison of the future”, created by German scientist Philip K. Dick, inaugurates a disruptive paradigm at the intersection between artificial intelligence (AI) and criminal rehabilitation. Based on sophisticated algorithms, the initiative seeks not only to personalize criminal treatments and predict recidivism, but also to implant artificial memories, allowing convicts to experience the impacts of their acts from the perspective of the victims. This article analyzes, in depth, the legal, ethical and social challenges associated with this proposal in the Brazilian Prison System, with an emphasis on national legal standards.*

Keywords: *Cognify; Artificial Intelligence; Prison System; Civil Liability; Legal Ethics.*

1. Introdução

O projeto Cognify, surge com base na visão futurista do cientista alemão Philip K. Dick, que propõe a combinação da Inteligência Artificial (IA) com a medicina alternativa invasiva, criando um paradigma na justiça penal. A proposta tem como objetivo a implantação de memórias artificiais nos infratores, introduzindo-lhes uma reflexão profunda sobre o impacto de seus atos, permitindo que vivenciem a experiência das vítimas sob sua perspectiva, como uma alvitrada de reformular não apenas os processos de punição, mas principalmente de reabilitação dos apenados.

O Cognify, ao empregar IA, propõe um modelo de reabilitação que considera as características individuais de cada infrator, seus comportamentos passados e seu perfil psicológico. Isso permite que as ações do sistema penal não sejam genéricas, mas sejam ajustadas às necessidades específicas do apenado, melhorando as chances de reintegração social.

Com o uso de algoritmos preditivos, o Cognify pode identificar padrões de comportamento que indicam propensão à reincidência. Por exemplo, dados de comportamento passados, associando-os com outros dados contextuais, como histórico de vida, redes sociais, interações no ambiente de prisão e até mesmo dados gené-

(*) Projeto apresentado no III Congresso Internacional “Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidade Civil” realizado pela Universidad de Alicante, em colaboração ao programa ABC (Alicante, Belo Horizonte e Coimbra)

94 ticos, podem criar uma imagem mais precisa do risco potencial que o apenado representa para a sociedade. Essa abordagem traz a promessa de um sistema penal mais eficiente e eficaz, com foco na reabilitação e não na punição.

No entanto, um dos maiores desafios dessa aplicação está na concepção e implementação dos algoritmos, uma vez que a precisão dessas previsões está sujeita ao risco de replicar e até ampliar preconceitos humanos, resultar em decisões injustas baseadas em dados desatualizados ou tendenciosos se não forem corretamente programados.

Deste modo, o presente tema aborda muitas inovações e observações quanto a inviolabilidade do direito à privacidade, a integridade física e mental, a ética médica, o consentimento informado e a responsabilidade civil e criminal dos gerenciadores, caso ocorra a implementação no Brasil.

Primordialmente, insta observar que o consentimento informado é o alicerce do direito médico, tendo em vista que a implantação da IA no apenado, precisará que esse esteja ciente de todas as implicações e possíveis efeitos colaterais, sempre priorizando o princípio da autonomia do paciente, de sorte que assegure ao reeducando manifestar-se sobre o seu tratamento. Ainda, imperioso lembrar que, futuramente esta autonomia venha a ser afetada por intervenções ocasionadas pela implantação de novas memórias agredindo sua integridade mental.

Nesse diapasão, o Estado além de resetar, alterar e criar memórias, coletará dados pessoais dos reeducandos, armazenando em suas bases de dados todas as informações sobre saúde, comportamento e memorização. Assim, é inelutável mencionar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) rege rigorosamente sobre

a coleta e armazenamento de dados sensíveis, com o fito de assegurar que os dados e direito constitucional a privacidade sejam respeitadas obstando eventuais abusos, uma vez que a manipulação de memórias incluir a retenção, alteração ou eliminação de lembranças neurais, estando apto a interferir no gerenciamento de informações sensíveis e singulares do indivíduo.

Nesse contexto, o conceito de Cognify surge como um recurso verdadeiramente disruptivo, capaz de integrar os avanços da Inteligência Artificial às práticas de medicina alternativa invasiva, revolucionando os modelos eficientes de gestão penal. Este estudo, ao analisar de forma criteriosa os impactos dessa tecnologia no cenário jurídico brasileiro, busca desvendar suas interseções com o direito médico e digital, bem como sua conformidade com os princípios constitucionais que resguardam a dignidade da pessoa humana, propondo uma reflexão profunda sobre os limites e as potencialidades de sua aplicação na estrutura penal contemporânea.

2. Medicina Alternativa Invasiva e Inteligência Artificial

A proposta do “Cognify” envolve um casamento entre medicina alternativa invasiva e inteligência artificial (IA) para fins de reabilitação penal. Essa junção de abordagens que, à primeira vista, poderiam parecer distantes uma da outra, oferece um campo vasto de possibilidades tecnológicas, mas também suscita questões éticas, legais e sociais complexas. A medicina alternativa invasiva, quando associada à IA, abre um leque de oportunidades, mas também apresenta desafios que envolvem desde a autonomia do paciente até a responsabilidade dos profissionais da saúde e do Estado.

A medicina alternativa invasiva não se limita ao entendimento convencional de tratamentos médicos que utilizam métodos não tradicionais, mas sim à aplicação de intervenções diretas e invasivas no corpo humano com o objetivo de tratar ou modificar processos biológicos de forma não convencional. A “invasão” é um fator essencial aqui, já que envolve práticas que alteram a estrutura do corpo ou da mente, muitas vezes sem um consenso científico amplo sobre sua eficácia ou riscos.

Historicamente, a medicina alternativa tem sido associada a práticas que fogem dos paradigmas tradicionais da medicina convencional, como a acupuntura, a homeopatia e o uso de substâncias naturais para tratar doenças. No entanto, com o avanço tecnológico, especialmente no campo da neurociência e da biotecnologia, novas formas de intervenções invasivas têm surgido, envolvendo técnicas como estimulação cerebral profunda, implantes neurológicos e modificações genéticas.

No contexto do “Cognify”, envolve a introdução de técnicas altamente invasivas no cérebro e no sistema nervoso, visando alterar a percepção de realidades internas dos infratores, com o intuito de fomentar o arrependimento, a reflexão moral e a reabilitação. Isso inclui a manipulação direta das emoções, memórias e comportamentos dos indivíduos.

A adição de inteligência artificial a esse cenário cria uma nova dimensão no tratamento de apenados. A IA tem sido cada vez mais utilizada em diversos campos da medicina para ajudar a diagnosticar, monitorar e tratar condições de saúde. No contexto da medicina alternativa invasiva, a IA assume um papel crucial ao fornecer ferramentas de análise de dados que permitem

uma compreensão mais profunda do comportamento humano e das respostas neurais a intervenções invasivas.

Em termos de reabilitação penal, a IA pode ser usada para personalizar e monitorar o impacto de intervenções neurológicas, tais como a estimulação do cérebro, a modificação de memórias e a criação de novos padrões de comportamento. A capacidade da IA de processar grandes volumes de dados sobre o comportamento e o estado emocional do apenado oferece uma vantagem significativa sobre abordagens mais tradicionais de reabilitação.

No entanto, a utilização de IA em tratamentos invasivos também abre um leque de questões que precisam ser cuidadosamente ponderadas. A personalização do tratamento é um aspecto positivo, pois permite que as intervenções sejam ajustadas conforme as necessidades individuais de cada apenado. No entanto, a possibilidade de manipular a mente humana de forma tão profunda com o auxílio de IA levanta questões sobre até que ponto se deve intervir no processo de reabilitação, sem invadir a essência do indivíduo.

A implementação de tecnologias invasivas para reabilitação penal impõe uma nova dinâmica de responsabilidade para os profissionais da saúde, especialmente aqueles envolvidos com a neurotecnologia e a inteligência artificial. Em um cenário como o do “Cognify”, onde a medicina alternativa invasiva se mistura com IA, a linha entre o erro humano e o erro tecnológico pode se tornar nebulosa. A responsabilidade por danos causados aos apenados por intervenções mal executadas ou inadequadas precisa ser cuidadosamente definida.

A combinação de medicina alternativa invasiva e inteligência artificial representa um

avanço potencialmente transformador para a reabilitação penal, mas também levanta uma série de questões éticas, legais e sociais que não podem ser ignoradas. A ideia de reabilitar os apenados por meio da alteração direta de suas memórias e sentimentos é uma proposta que exige um debate profundo sobre os limites da intervenção do Estado no corpo e na mente dos indivíduos.

Se bem aplicada, a tecnologia pode oferecer novas oportunidades para a reintegração de infratores, promovendo uma reflexão mais profunda sobre seus atos e seus impactos. No entanto, o risco de manipulação, coerção e violação da autonomia e dignidade humana não pode ser subestimado. A implementação do “Cognify” exige, portanto, uma regulação robusta e uma abordagem ética cuidadosa, a fim de garantir que a reabilitação penal não se transforme em uma forma de controle mental, mas, sim, em um processo genuíno de reintegração social e respeito pelos direitos humanos.

3. Memórias Artificiais e a Manipulação Cognitiva

Memórias artificiais são essencialmente construções tecnológicas que simulam o funcionamento de memórias naturais, formadas por experiências vívidas e armazenadas no cérebro. Por meio de interfaces cérebro-máquina (ICMs) e sistemas de estimulação neural profunda, essas memórias são criadas através da decodificação e reprodução de padrões de atividade cerebral, utilizada por sensores para mapear áreas específicas do cérebro, como o hipocampo e o córtex pré-frontal, responsáveis pelo armazenamento e recuperação de memórias. Algoritmos de IA processam esses dados, recriando padrões neu-

rais que, quando implantados, geram no indivíduo a sensação de ter vivenciado algo que, de fato, nunca ocorreu.

Isso ocorre porque, em sua natureza, o cérebro humano não faz distinção precisa entre memórias reais e fictícias, se estas forem suficientemente bem integrada ao contexto emocional de uma pessoa.

De outro modo, a manipulação cognitiva refere-se a técnicas e estratégias para influenciar e controlar pensamento, emoções e comportamento de um indivíduo, com objetivo de persuadir a adotar determinada atitude e crença.

A manipulação cognitiva através da implantação de memórias artificiais levanta a questão central da ética no uso de tecnologias no sistema penal. A ética médica e psicológica tradicional se baseia no princípio de “não causar dano” ao paciente. A utilização de IA para modificar a memória e a psique de uma pessoa sem seu consentimento explícito pode ser vista como uma violação desse princípio. Mesmo que o objetivo seja reabilitar, o método utilizado pode infringir direitos fundamentais, como a dignidade e a autonomia do apenado.

O debate ético também envolve o papel do Estado na regulação dessas práticas. O Estado tem a obrigação de proteger os indivíduos contra abusos, e o uso de tecnologias tão invasivas para alterar a percepção de um ser humano pode ser interpretado como uma forma de abuso psicológico. Isso não significa que o sistema penal deva abandonar as inovações tecnológicas, mas sim que deve haver um equilíbrio cuidadoso entre os benefícios e os danos potenciais da aplicação de tais tecnologias.

4. Relevância da Inovação no Sistema Penal Brasileiro

O sistema penal brasileiro enfrenta desafios significativos em termo de eficácia, humanização e reabilitação dos indivíduos condenados, uma vez que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, perfazendo mais de 700 mil detentos, ocupando o 3º lugar no mundo, de acordo com dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês).

De acordo com as estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até a data de 31/12/2024 existiam cerca de 6.270.319 processos pendentes para julgamentos, de natureza criminal, com o tempo médio para o primeiro julgamento de 596 dias (1 ano e 6 meses), ou seja, quase 2 anos sem contar o período de recursos posteriores a este julgamento, que podem chegar a 1.056 dias média total (2 anos e 8 meses), além da pena total a ser proferida.

Entretanto, tornou-se rotineiro visualizar os presídios brasileiros em condições precárias e sub-humanas, com falta de higiene adequada, doenças e superlotação das celas, o que seria um espaço de reintegração do indivíduo à sociedade, acaba por se tornar um espaço de punição. Um exemplo que marcou o Brasil e o mundo retratando a superlotação e violência nos presídios, é o Massacre de Carandiru, em 1992, evento marcado pela morte de 111 presos na invasão da Casa de Detenção em São Paulo para conter uma rebelião, deixou claro que a superlotação das celas e os conflitos entre facções ocorrem pela negligência do Estado para com esse grupo.

Ademais, de acordo com a matéria publicada pelo jornal O Globo, com base em in-

formações atuais divulgadas pela Senappen, a maior superlotação comporta quase o triplo que sua estrutura consegue absorver, localizada no Presídio Tiago Teles de Castro Domingues, em São Gonçalo, na Região Metropolitana do Rio, com 640 vagas e 1.855 presos, 190% acima da capacidade máxima.

Importante ressaltar que, a Lei de Execução penal estabelece a compatibilidade entre a estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação, bem como, assegura a assistencial matéria, o que de todo modo na prática não é levada em consideração, sendo afirmado pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso “O sistema prisional brasileiro é, talvez, um dos temas mais difíceis e complexos e uma das maiores violações de direitos humanos que ocorre no Brasil”.

Desta forma, no contexto brasileiro, o uso de tecnologias como o Cognify precisa ser cuidadosamente avaliado, considerando o panorama jurídico, social e ético. O uso de IA pode ser uma ferramenta importante para a reabilitação, desde que regulado de maneira que não ultrapasse os limites do consentimento e da liberdade individual, considerando as desigualdades sociais e econômicas do sistema carcerário.

Isso pois o projeto em comento estipula transformar uma sentença que seria de 10 anos em 10 minutos de implantação de memórias, através de um implante cerebral com memórias sintéticas personalizadas de acordo com o crime cometido. Assim, ao invés do detento ser mantido isolado em prisões inapropriadas, sem perspectivas de mudança, progrediria para uma reabilitação mais eficaz e empática.

Outrossim, ao introduzir memórias no cérebro permitindo que os prisioneiros revivam os crimes praticados das vítimas, permitiria de

modo direto o desenvolvimento de empatia e arrependimento, beneficiando este para se tornar uma pessoa melhor em processo de transformação, bem como promovendo qualidade de vida em sua reabilitação, podendo inclusive impactar na redução da reincidência criminal.

Por fim, imperioso ressaltar também que, esta tecnologia beneficia o apenado e o sistema prisional como um todo, diminuindo a superlotação dos presídios físicos e os custos operacionais das penitenciárias, direcionando os recursos aplicados e talvez insuficientes para manter as estruturas físicas, para investimentos em profissionais especializados (programadores e aplicadores).

4.1 Implicações Jurídicas e Éticas

O uso de tecnologias avançadas na reabilitação penal gera um espectro abrangente de implicações jurídicas e éticas. A interface entre inteligência artificial, medicina invasiva e os direitos fundamentais dos apenados demanda uma análise crítica sobre a compatibilidade dessas tecnologias com o ordenamento jurídico, as garantias constitucionais e os valores que sustentam a dignidade humana.

A principal preocupação ética relacionada à medicina alternativa invasiva aplicada no contexto penal é a questão da autonomia. A ideia de que um Estado possa intervir de forma direta e invasiva nas funções cerebrais de um indivíduo, com o objetivo de reabilitá-lo, pode ser vista como uma violação do direito fundamental de autonomia. O conceito de autonomia se relaciona com o direito de cada pessoa de tomar decisões informadas sobre o seu corpo e a sua saúde, sem interferência de terceiros.

No caso do “Cognify”, a intervenção inva-

siva nas funções cerebrais, mesmo que com o objetivo de tratar ou reabilitar, pode ser interpretada como uma forma de coação psicológica. A manipulação direta das memórias, sentimentos e comportamentos dos apenados levanta a questão de até que ponto a reabilitação pode ser considerada legítima se ela se baseia em um processo de manipulação mental que não é consensual. O consentimento informado, que é um pilar da ética médica, é um desafio nesse contexto, já que o apenado pode ser pressionado a aceitar tratamentos invasivos devido à pressão do sistema penal.

Além disso, a manipulação das memórias e dos sentimentos dos apenados levanta a questão da verdadeira natureza do arrependimento. Se um apenado for “forçado” a sentir arrependimento por meio de uma intervenção tecnológica invasiva, esse arrependimento é genuíno? Até que ponto podemos considerar ético forçar um apenado a reviver os traumas da vítima para provocar uma mudança comportamental?

A ética também entra em jogo quando se considera a responsabilidade dos profissionais de saúde envolvidos nesse processo. A manipulação do cérebro e das emoções de uma pessoa, por mais que tenha o intuito de reabilitação, coloca uma enorme responsabilidade sobre os médicos, neurocientistas e desenvolvedores de IA. O erro humano ou a falha tecnológica, nesse contexto, poderia causar danos irreparáveis ao apenado, o que implica em uma necessidade de regulamentação e supervisão rigorosas da prática.

O Estado, ao autorizar a aplicação de tais tratamentos, também carrega uma responsabilidade substancial, especialmente no que tange ao cumprimento dos direitos humanos dos apenados. A manipulação de memórias e a alteração

do comportamento de um indivíduo podem ter consequências psicológicas graves, e o Estado deve garantir que as intervenções sejam seguras e que os apenados estejam adequadamente informados sobre os riscos.

Além disso, a supervisão ética e legal do uso de tecnologias invasivas no contexto penal exige uma vigilância constante e a implementação de uma estrutura regulatória sólida que garanta que os tratamentos respeitem os direitos fundamentais dos apenados e a integridade de seus corpos e mentes. Isso inclui a criação de comissões de ética, fiscalização da aplicação de IA na medicina penal e protocolos rigorosos de consentimento.

4.2 Direitos Fundamentais e Autonomia dos Apenados

A discussão sobre os direitos fundamentais dos apenados frente à utilização do “Cognify” começa com a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. Esses princípios, abarcados pela Constituição Cidadã de 1988, garante a inviolabilidade da pessoa, reconhecendo sua autonomia, liberdade e direito à privacidade. O uso de tecnologias invasivas para modificar o comportamento, memória e emoções dos apenados questiona os limites de atuação do Estado na vida privada e na autonomia do indivíduo sem caracterizar uma violação dos seus direitos constitucionais.

A autodeterminação do indivíduo envolve a capacidade de tomar decisões informadas sobre sua vida, incluindo a sua saúde física e mental. O “Cognify” propõe intervenções que alteram diretamente a memória e os sentimentos dos apenados, o que compromete a liberdade do in-

divíduo de tomar decisões livres

Além disso, a obrigação do Estado de promover a reabilitação penal dos detentos deve ser compatível com a proteção a vida, liberdade e dignidade humana. A constituição Federal em seu bojo aduz em seu artigo 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”, bem como em seu Artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade[...];III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Neste mesmo sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 alude em seus artigos 1 e 3: “Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” bem como “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

A incorporação de métodos tecnológicos invasivos, como a manipulação de memórias, pode ser interpretada como tortura ou coerção considerando a capacidade de induzir nos apenados comportamentos ou sentimentos involuntários. Nesta toada, a questão da obtenção do consentimento informado torna-se imperativa. A aquiescência do sentenciado para submeter-se a aplicações tecnológicas intrusivas não estará acobertada pelo manto da validade se o indivíduo não dispuser de autonomia plena para rejeitá-la sem enfrentar consequências san-

cionatórias podendo desencadear nítida afronta aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

4.3 Conformidade com a LGPD e Proteção de Dados Sensíveis

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) visa a garantia da privacidade e segurança dos dados pessoais no Brasil. No caso do “Cognify”, que coleta dados sensíveis de apenados, como informações sobre emoções e saúde mental, é essencial que o tratamento desses dados seja feito com consentimento explícito do titular, conforme exige a LGPD. Além disso, a manipulação e armazenamento desses dados devem ser realizado de modo seguro e transparente, possibilitando ao apenado o seu direito de acesso correção e exclusão de suas informações pessoais.

A lei assegura e restringe o acesso aos dados somente a pessoas autorizadas, em ambientes seguros, implementando medidas rigorosas que obstem abusos e utilização indevida dos dados sensíveis coletados pelo “Cognify”. O descumprimento da LGPD pode resultar em sanções severas, incluindo multas. Particularmente no tratamento de dados neurais, extraídos por intervenções invasivas, há a necessidade de regulamentações específicas, dada a sensibilidade dessas informações. Portanto, é de suma importância que o “Cognify” respeite a privacidade e os direitos dos apenados, adotando medidas para evitar qualquer violação ou abuso aos direitos dos indivíduos.

4.4 Responsabilidade Civil e Penal

A implementação de tecnologias avançadas como o “Cognify” na reabilitação penal traz à tona questões jurídicas complexas sobre respon-

sabilidade civil e penal. A reabilitação penal, em sua essência, busca ressocializar o indivíduo, mas a adoção de tecnologias invasivas e de manipulação cognitiva exige uma reflexão crítica sobre as implicações legais decorrentes do uso de tais ferramentas, especialmente quando as tecnologias podem afetar diretamente a integridade física, mental e emocional do apenado.

A responsabilidade civil, no contexto do “Cognify”, refere-se à obrigação de reparar os danos causados aos apenados em razão do uso inadequado, negligente ou excessivo dessa tecnologia. A violação de direitos fundamentais como a dignidade humana, a integridade física e psicológica, e o direito à privacidade são fatores cruciais para que se configurem os danos que justificam a reparação. A aplicação de intervenções invasivas, como a modificação de memórias ou sentimentos dos apenados, sem o devido consentimento ou com o uso impróprio da tecnologia, pode resultar em sérios danos ao indivíduo.

O ponto central da responsabilidade civil reside na análise da culpa e da diligência esperada dos responsáveis pelo uso do “Cognify”, seja o Estado, os desenvolvedores ou os operadores da tecnologia. A questão fundamental é saber se esses agentes tomaram todas as precauções necessárias para evitar danos aos apenados, tanto em termos de consentimento quanto de controle de qualidade e segurança dos processos tecnológicos aplicados.

No direito civil, a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. A responsabilidade objetiva decorre da simples ocorrência do dano, independentemente de culpa, e é normalmente aplicada em situações nas quais há risco elevado ou risco inerente à atividade. No caso do “Cog-

nify”, a responsabilidade objetiva se aplicaria se fosse demonstrado que, devido à natureza da tecnologia, os riscos de danos eram previsíveis e inevitáveis, mesmo com a diligência dos operadores. A manipulação das memórias dos apenados, que pode ter consequências profundas em sua identidade e integridade psíquica, é uma atividade que envolve riscos substanciais, o que poderia justificar a responsabilidade objetiva do Estado e das empresas responsáveis pelo desenvolvimento e operação da tecnologia.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva, que depende da análise da culpa, também seria relevante. Para que se estabeleça a responsabilidade subjetiva, seria necessário comprovar que houve negligência, imprudência ou imperícia na aplicação do “Cognify”. A negligência poderia ocorrer caso os responsáveis não tomassem as devidas precauções para assegurar a segurança e a transparência no tratamento dos dados e das memórias manipuladas. A imperícia seria configurada caso os operadores da tecnologia não possuíssem qualificação adequada para lidar com intervenções tão sensíveis. A imprudência, por sua vez, poderia ocorrer se houvesse a implementação da tecnologia sem a devida consideração dos riscos psicológicos e emocionais envolvidos.

A responsabilidade civil relacionada ao “Cognify” pode se desdobrar tanto em danos materiais quanto morais. Os danos materiais referem-se a prejuízos concretos que o apenado possa ter sofrido, como custos com tratamentos médicos adicionais decorrentes de consequências adversas da tecnologia ou perdas relacionadas à sua capacidade de trabalhar, caso a modificação cognitiva afete sua saúde mental de forma irreparável.

Já os danos morais envolvem a violação dos direitos da personalidade, como a dignidade,

a honra e a intimidade do apenado. A modificação das memórias e sentimentos pode ser considerada uma violação da identidade do indivíduo, alterando sua percepção de si mesmo e de suas ações. Essa interferência pode gerar sofrimento psicológico profundo, afetando a autoestima e a percepção da própria história de vida do apenado. A consequência dessa violação da dignidade humana é a configuração de danos morais, que devem ser reparados de forma adequada, considerando a gravidade da intervenção na vida do apenado.

O dano moral no caso do “Cognify” também pode estar relacionado ao sofrimento psicológico associado à perda da autonomia e à manipulação da memória. O apenado, ao ter sua memória alterada artificialmente, pode vivenciar uma desconexão com sua própria trajetória e uma perda do controle sobre suas lembranças e emoções, configurando um trauma psicológico significativo. Assim, a reparação desses danos deve contemplar não apenas o pagamento de uma indenização financeira, mas também medidas que visem à recuperação da integridade psicológica do indivíduo.

A responsabilidade penal no contexto do “Cognify” envolve a análise de quem, de fato, deve ser responsabilizado caso a tecnologia resulte em danos a apenados. O uso de inteligência artificial para reabilitação penal, em especial para alterar memórias e emoções, pode implicar práticas que, dependendo de sua implementação, podem ser consideradas crimes, como lesões corporais, tortura ou outros crimes contra a dignidade da pessoa humana.

A modificação de memórias ou emoções pode ser classificada como uma forma de lesão corporal, caso seja provado que a tecnologia

tenha causado danos irreparáveis ao estado psicológico ou emocional do apenado. A lesão corporal, no contexto penal, não se limita a danos físicos, mas também pode abranger danos psicológicos profundos, que podem ter efeitos duradouros na saúde mental do indivíduo. A tortura, por sua vez, implica no uso de dor ou sofrimento intenso para fins de punição ou coerção. A modificação de memórias e emoções, se for imposta sem consentimento adequado ou de forma coercitiva, pode ser considerada uma forma de tortura psicológica.

A tortura psicológica, por exemplo, pode ocorrer quando a memória do apenado é modificada para que ele reviva as experiências de suas vítimas, sem que haja um controle consciente sobre essa experiência. Essa abordagem pode ser vista como uma forma de humilhação e sofrimento psicológico intenso, com o objetivo de induzir remorso ou arrependimento de maneira forçada e sem a participação genuína do apenado.

A questão da imputabilidade penal é fundamental em contextos como o do “Cognify”. A imputabilidade, no direito penal, refere-se à capacidade do indivíduo de entender a ilicitude de seus atos e de agir conforme esse entendimento. No contexto do uso do “Cognify”, a intervenção na memória e nas emoções do apenado pode afetar sua capacidade de compreensão e julgamento. A modificação da memória de um indivíduo pode impactar sua percepção da realidade e da responsabilidade por suas ações, tornando-o vulnerável a influências externas que alteram sua visão sobre o que é certo ou errado.

Assim, caso a intervenção cognitiva seja realizada de maneira excessiva ou sem a devida consideração da autonomia do apenado, pode-se questionar sua imputabilidade penal.

Se o apenado for incapaz de refletir sobre suas ações devido à manipulação de suas memórias ou emoções, sua responsabilidade penal pode ser atenuada. Nesse caso, a ética do processo reabilitativo também entra em jogo, pois o uso da tecnologia para modificar a percepção da realidade pode ser considerado uma forma de manipulação excessiva da psique, o que comprometeria a genuína responsabilidade do apenado.

A responsabilidade penal também envolve a análise de quem deve ser responsabilizado em caso de falhas no processo de implementação do “Cognify”. O Estado, enquanto responsável pela implementação e regulação da tecnologia, tem a obrigação de garantir que o uso do “Cognify” seja compatível com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais. Caso ocorra uma violação dos direitos dos apenados, o Estado pode ser responsabilizado penalmente por omissão ou negligência na fiscalização e controle do uso da tecnologia.

Os desenvolvedores e operadores do “Cognify” também podem ser responsabilizados penalmente caso a tecnologia seja mal utilizada ou se houver falhas que resultem em danos aos apenados. Se for provado que a tecnologia foi projetada ou aplicada de maneira imprudente, negligente ou sem a devida diligência, os desenvolvedores podem ser responsabilizados por crimes como abuso de autoridade ou crimes contra a dignidade da pessoa humana.

Em suma, a questão da responsabilidade civil e penal no uso do “Cognify” é multifacetada e envolve a responsabilização de diversos atores, incluindo o Estado, os desenvolvedores e os operadores da tecnologia. A violação de direitos fundamentais, como a integridade psicológica, a dignidade humana e a autonomia dos apena-

dos, pode configurar tanto a necessidade de reparação civil quanto a responsabilização penal dos envolvidos. A implementação dessa tecnologia exige uma abordagem cuidadosa, que leve em consideração os riscos de danos significativos aos indivíduos, tanto em termos materiais quanto morais, além da necessidade de garantir a conformidade com os princípios constitucionais e os direitos humanos.

5. Considerações Finais

A proposta do Cognify inaugura um marco disruptivo na interseção entre a inteligência artificial e a reabilitação penal, desafiando paradigmas tradicionais da justiça criminal e propondo uma abordagem revolucionária para a reinserção social dos apenados. A possibilidade de substituir longos anos de prisão por uma experiência imersiva e transformadora baseada na implantação de memórias artificiais revela uma nova dimensão do sistema penal, capaz de superar as deficiências estruturais do modelo convencional e atenuar problemas crônicos como a superlotação carcerária e a reincidência criminal.

Contudo, a implementação dessa tecnologia suscita questionamentos éticos e jurídicos de grande complexidade. A manipulação cognitiva por meio de inteligência artificial levanta preocupações relacionadas à autonomia do indivíduo, ao consentimento informado e à própria dignidade da pessoa humana. O uso de memórias sintéticas como ferramenta de reabilitação penal pode ser interpretado como uma forma de coerção estatal, tornando o arrependimento e a transformação dos apenados por meio dos processos artificiais, moldados por uma tecnologia que substitui a reflexão natural e o desenvolvimento interno por experiências fabricadas.

Do ponto de vista jurídico, o Cognify exige um arcabouço regulatório robusto para garantir sua conformidade com os princípios constitucionais e com legislações específicas, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A coleta e manipulação de informações sensíveis impõem desafios relativos à privacidade e à segurança dos dados dos apenados, demandando transparência e controle rigoroso para evitar abusos e violações de direitos fundamentais.

Além disso, a responsabilidade civil e penal associada à aplicação do Cognify deve ser claramente delimitada, a fim de estabelecer mecanismos de proteção aos apenados e responsabilização dos envolvidos em eventuais danos. A tecnologia deve ser implementada de forma a preservar a integridade física e psicológica dos indivíduos, evitando que sua adoção resulte em uma nova forma de controle estatal excessivo, disfarçado de reabilitação.

No contexto do sistema prisional brasileiro, marcado por deficiências estruturais e elevado índice de reincidência, o Cognify surge como uma possibilidade inovadora, mas sua viabilidade depende de um debate profundo e interdisciplinar. A adoção dessa tecnologia deve equilibrar a busca por um modelo penal mais eficiente e humanizado com o respeito irrestrito aos direitos humanos e aos princípios democráticos.

Assim, o Cognify representa tanto uma oportunidade quanto um desafio: pode revolucionar a reabilitação penal e contribuir para a redução da superlotação carcerária, mas também exige um rigoroso controle ético e jurídico para que sua aplicação não viole as garantias fundamentais dos sentenciados. O futuro dessa tecnologia dependerá do equilíbrio entre inovação e proteção dos direitos individuais, garan-

tindo que sua implementação ocorra dentro dos limites éticos e jurídicos adequados.

6. Referências

Assembleia Geral das Nações Unidas. (1948) Declaração Universal dos Direitos Humanos . [HTTPS://WWW.CT.UFPB.BR/LACESSE/CONTENTS/DOCUMENTOS/LEGISLACAO-INTERNACIONAL/DECLARACAO-UNIVERSAL-DOS-DIREITOS-HUMANOS-1948.PDF](https://www.ct.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-1948.pdf)

Direito Penal e Democracia. (2020) O Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, mostra levantamento do CNJ . [HTTPS://DIREITOPE-NALEDEMOCRACIA.UFPA.BR/INDEX.PHP/BRASIL-TEM-3A-MAIOR-POPULACAO-CAR-CERARIA-DO-MUNDO-MOSTRA-LEVANTA-MENTO-DO-CNJ/](https://direitope-naledemocracia.ufpa.br/index.php/brasil-tem-3a-maior-populacao-carceraria-do-mundo-mostra-levantamento-do-cnj/)

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [HTTPS://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). ACESSO EM: 29 JAN. 2025

Brasil. (2018) Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais . [HT-TPS://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCI-VIL_03/_ATO2015-2018/2018/LEI/L13709.HTM](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

Conselho Nacional de Justiça. (nd). Cidadania nos presídios . Conselho Nacional de Justiça. [HTTPS://WWW.CNJ.JUS.BR/SISTEMA-CAR-CERARIO/CIDADANIA=-NOS-PRESIDIOS/#:~:TEXT-DENTRO%20DOS%20PRES%20C3%20AD-DIOS%20TORNOU%20DSE,DESAFIOS%20DOS%20GESTORES%20DO%20SETOR](https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania=-NOS-PRESIDIOS/#:~:TEXT=DENTRO%20DOS%20PRES%20C3%20AD-DIOS%20TORNOU%20DSE,DESAFIOS%20DOS%20GESTORES%20DO%20SETOR).

Conselho Nacional de Justiça. (nd). Justiça em números - Painel de estatísticas . Conselho Nacional de Justiça. [HTTPS://JUSTICA-EM-NUMEROS.CNJ.JUS.BR/PAINEL-ESTATISTICAS/](https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/).

Conselho Nacional de Justiça. (2024). Relatório da

conferência de monitoramento . Conselho Nacional de Justiça. [HTTPS://WWW.CNJ.JUS.BR/WP-CONTENT/UPLOADS/2024/09/RELATO-RIO-CONFERENCIA-MONITORACAO.PD-F?UTM_SOURCE=CHATGPT.COM](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/RELATORIO-CONFERENCIA-MONITORACAO.PDF?utm_source=chatgpt.com).

Conselho Nacional de Justiça. (nd). Sistema prisional é uma das maiores transparências de direitos humanos no Brasil, diz presidente do STF e do CNJ . Conselho Nacional de Justiça. [HTTPS://WWW.CNJ.JUS.BR/SISTEMA-PRISIONAL-E-UMA-DAS-MAIORES-VIOLACOES-DE-DIREITOS-HU-MANOS-NO-BRASIL-DIZ-PRESIDENTE-DO-STF-E-DO -CNJ/](https://www.cnj.jus.br/sistema-prisional-e-uma-das-maiores-violacoes-de-direitos-humanos-no-brasil-diz-presidente-do-stf-e-do-cnj/)

O Globo. (2023, 6 de outubro). Os presídios brasileiros têm 25% a mais de detenção do que capacidade total; Os governos terão que apresentar soluções ao STF . O Globo. [HTTPS://OGLOBO.GLOBO.COM/BRASIL/NOTICIA/2023/10/06/PRESIDIOS-BRASILEIROS-TEM-25PERCENT-A-MAIS-DE-DETENTOS-DO-QUE-CAPA-CIDADE-TOTAL-GOVERNOS -TERAO-QUE-APRESENTAR-SOLUCOES-AO-STF.GHTML](https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/10/06/presidios-brasileiros-tem-25percent-a-mais-de-detentos-do-que-capacidade-total-governos-terao-que-apresentar-solucoes-ao-stf.ghtml)

EDUKA.AI. (nd) Cognify: A prisão do futuro e o implante de novas memórias. Eduka.ai. <https://eduka.ai/cognify-prison-futuro-implante-novas-memorias/>.

FUTURO PROSSIMO. (2024) Cognify: a prisão virtual que implanta memórias artificiais nos criminosos. https://pt.futuroprossimo.it/2024/06/cognify-la-prigione-virtuale-che-impiana-memorie-artificiali-nei-criminali/?utm_source=chatgpt.com.

PSICÓLOGOS EM BRASÍLIA. (nd) O que é manipulação cognitiva. <https://psicologosembrasilia.com.br/glossario/o-que-e-manipulacao-cognitiva/>.

SOCIEDADE E CULTURA. A ordem pública do corpo humano e suas fronteiras legislativas no Brasil. Sociedade e Cultura, v. 28, n. 2, 2025. https://www.scielo.br/j/soc/a/jnwLfCKqQXs6VgJPjBcF-fjf/?utm_source=chatgpt.com.

LIBERDADE RELIGIOSA E CONTROLO DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS: O USO RELIGIOSO DO CHÁ HOASCA NO CASO GONZALES V. UNIÃO DO VEGETAL NA SUPREMA CORTE DOS EUA

André Fagundes ^(**)

Resumo: *O uso religioso da Hoasca (Ayahuasca) tem origens ancestrais nas tradições indígenas e se expandiu para centros urbanos na América Latina e, posteriormente, alcançou outros países. Como o chá contém dimetiltryptamina (DMT), substância controlada pela Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, sua utilização como sacramento pela confissão religiosa União do Vegetal (UDV) foi alvo de questionamento jurídico nos Estados Unidos. Este artigo examina os fundamentos jurídicos da decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA, que, ao ponderar a liberdade religiosa em face da necessidade de proteção à saúde pública, garantiu à UDV o direito de continuar utilizando a Hoasca em seus rituais.*

Palavras-chave: *Hoasca; Ayahuasca; Liberdade religiosa; Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas; União do Vegetal.*

Abstract: *The religious use of Hoasca (Ayahuasca) has ancestral origins in indigenous traditions and has expanded to urban centers in Latin America, later reaching other countries. Since the tea contains dimethyltryptamine (DMT), a substance controlled by the 1971 Convention on Psychotropic Substances, its use as a sacrament by the religious organization União do Vegetal (UDV) was subject to legal scrutiny in the United States. This article examines the legal grounds of the U.S. Supreme Court decision, which, after weighing religious freedom against the need to protect public health, granted the UDV the right to continue using Hoasca in its rituals.*

Keywords: *Hoasca; Ayahuasca; Religious freedom; Convention on Psychotropic Substances; União do Vegetal.*

1. Dos Seringais da Amazônia à Suprema Corte Norte-Americana

O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal é uma instituição religiosa fundada em 1961 na Floresta Amazônica brasileira. Com fundamentos cristãos, a União do Vegetal (UDV)⁽¹⁾ utiliza em seus rituais o chá Hoasca, também conhecido como *Ayahuasca* ou *Vege-*

^(*) Doutorando em Direito Público, Mestre em Direito Constitucional e Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IJ/FDUC). Professor na Pós-graduação em Direito Religioso na UniEvangelica. Pesquisador assistente do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (CE-DIRE). Avaliador e membro do Corpo Editorial da Revista Brasileira de Direito e Religião (ReBraDiR) e do *International Journal for Religious Freedom* (IJRF).

¹ O nome singular da organização religiosa “União do Vegetal” tem um significado profundo e simbólico. “Vegetal” refere-se ao chá sacramental utilizado em seus rituais. Já o termo “União” reflete tanto a preparação do chá pela união das duas plantas quanto o ideal espiritual buscado pelos adeptos: a união com o Poder Superior por meio da comunhão do Vegetal. Além disso, o nome retrata a crença de que o Vegetal tem o poder de unir as pessoas, promovendo a ideia de que a humanidade é uma só.

tal, para efeito de concentração mental, servindo como veículo de autoconhecimento e ligação com o sagrado.⁽²⁾

O chá enteógeno⁽³⁾ é preparado a partir da decocção do cipó mariri (*Banisteriopsis caapi*) com as folhas da árvore chacrona (*Psychotria viridis*). O uso sacramental do chá Hoasca na UDV, que está no âmago da crença religiosa, ocorre durante sessões com duração de quatro horas, realizadas dentro de um templo espírita⁽⁴⁾ sob a direção de um Mestre Dirigente (denominação dada ao ministro de culto).

Entre as singularidades que marcam a estrutura organizacional da UDV destacam-se a origem cabocla da instituição, a escolha dos dirigentes através de eleições para mandatos de três anos, e a não remuneração desses líderes, os quais só permanecem em suas posições hierárquicas enquanto mantêm condutas familiar e profissional exemplar. Além disso, as “sessões do Vegetal” destinam-se ao estudo da espiritualidade, recolocando ao ser humano a dimensão divina da Natureza e oferecendo-lhe a oportunidade de religação espiritual com o Poder Superior.⁽⁵⁾

A chegada do chá Hoasca na Amazônia brasileira remonta à desintegração do Império Inca. Inicialmente, o uso do chá era restrito aos povos

indígenas, mas, com o tempo, foi progressivamente estendido aos demais povos da floresta, sobretudo após a chegada dos seringueiros – conhecidos também como soldados da borracha – à região. Nesse contexto, começaram a surgir lideranças na distribuição do chá Hoasca, incluindo xamãs e caboclos iniciados com conhecimento sobre o uso desse chá psicoativo.

Em sua luta pelo reconhecimento do direito ao uso religioso do chá Hoasca, a UDV enfrentou diversas resistências e preconceitos em relação ao chá, ainda considerado por muitos como um alucinógeno, embora estudos demonstrem seu efeito *psicointegrador*.⁽⁶⁾

Nesse processo de legalização do chá Hoasca no Brasil e em outros países, revelaram-se fundamentais as inúmeras pesquisas científicas⁽⁷⁾ conduzidas com a colaboração voluntária da UDV,⁽⁸⁾ que embasaram vitórias político-legislativas e judiciais.

⁶ O termo psicointegrador que expressa com maior exatidão o poder do chá *ayahuasca* de “integração e rearranjo simbólico de conteúdos no sistema consciente”, com a promoção de “mudanças e transformações positivas do comportamento”. (ESCOBAR, José Arturo Costa. **Ayahuasca e Saúde**: Efeitos de uma Bebida Sacramental Psicoativa na Saúde Mental de Religiosos Ayahuasqueiros. Recife, 2012. 260 f. Tese apresentada à Pós-Graduação em Psicologia Cognitiva da Universidade Federal de Pernambuco para obtenção do título de Doutor em Psicologia Cognitiva. p. 44).

⁷ Mais detalhes sobre essas pesquisas podem ser obtidos em BERNARDINO-COSTA, Joaze (Org.). **Hoasca**: Ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado de Letras, 2011.

⁸ Conforme relata o neurocientista Jace Callaway, M.D., membro do Departamento de Farmacologia e Toxicologia da Universidade de Kuopio, na Finlândia, que participou das pesquisas com a UDV: “Como cientistas, ficamos completamente estupefatos quando fomos convidados a penetrar no centro dos mistérios de um grupo religioso. Era incomum imaginar que uma religião poderia ser tão segura a ponto de permitir que um grupo de cientistas pudesse entrar para fazer o que lhes fosse conveniente fazer e, em seguida, sair sem quaisquer condições prévias”. Ele acrescenta: “A nós foi amplamente permitido, e até encorajado, colher todas as amostras que solicitamos e nos foram dadas respostas a todas as perguntas que fizemos, sem objeção. Nada nos foi omitido”. (**Projeto Hoasca**. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Disponível em: <<https://udv.org.br/pesquisas-cientificas/projeto-hoasca/>>. Acesso em 3 out. 2024).

² **Ritual**. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Disponível em <<http://udv.org.br/ritual-religioso-na-uniao-do-vegetal/>>. Acesso em 7 out. 2024.

³ Enteógeno (também chamado de enteogénico) é uma substância ou preparado com efeitos psicoativos, geralmente de origem vegetal, utilizado para produzir um estado alterado de consciência para fins religiosos ou espirituais. Cfr. ENTHEOGEN. In: **English Oxford Living Dictionaries**. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/us/entheogen>>. Acesso em 2 out. 2024.

⁴ A prática da UDV difere-se do espiritismo, como popularmente conhecido, por não realizar ‘trabalhos’ com espíritos desencarnados, tais como a incorporação, a psicografia e os passes.

⁵ FABIANO, Rui. **Mestre Gabriel, o Mensageiro de Deus**. Brasília: UDV, 2009. p. 24.

Nos EUA, a UDV iniciou suas atividades religiosas em 1988 sem maiores obstáculos. Contudo, em 1999, autoridades alfandegárias norte-americanas interceptaram uma remessa de Hoasca proveniente do Brasil, destinada aos adeptos da UDV nos EUA. A intercetação baseou-se na proibição legal da dimetiltryptamina (DMT), alcaloide psicoativo relacionado na Lista I da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 (presente nas folhas utilizadas para preparar o chá), ameaçando processar criminalmente o responsável legal da organização.

Buscando garantir seu direito à prática religiosa, a UDV ingressou com uma ação judicial perante o Juízo Federal, argumentando que a aplicação da Lei de Substâncias Controladas – a qual incorporou a referida Convenção ao ordenamento jurídico interno dos EUA – ao uso sacramental da Hoasca violava a Lei de Restauração da Liberdade Religiosa (*Religious Freedom Restoration Act* – RFRA) de 1993.

Em sua defesa, o governo americano, embora reconhecesse a sinceridade da prática religiosa da UDV e admitisse que a aplicação da Lei de Substâncias Controladas a restringiria substancialmente, sustentou que tal limitação não infringia a RFRA. Argumentou que a aplicação da lei era o meio menos restritivo para promover três interesses públicos relevantes: (a) proteger a saúde e segurança dos membros da UDV; (b) prevenir o desvio da Hoasca do contexto religioso para o uso recreativo; e (c) cumprir as obrigações internacionais dos Estados Unidos sob a Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, da qual o país é signatário.

Após decisões favoráveis à União do Vegetal (UDV) nas instâncias inferiores, o caso chegou

à Suprema Corte dos Estados Unidos, que teve a incumbência de avaliar se as alegações apresentadas pelo governo federal constituíam motivos suficientemente relevantes para restringir o uso religioso da Hoasca. O governo argumentava que o uso do chá psicoativo, mesmo dentro de um contexto religioso, violaria a Lei de Substâncias Controladas e traria riscos à saúde pública, além de incentivar o uso indevido de substâncias controladas em outros contextos.

No entanto, como se demonstrará adiante, a Corte teve de ponderar essas alegações à luz da RFRA, que exige que o governo prove que qualquer restrição à liberdade religiosa deve ser justificada por um interesse governamental convincente e, além disso, que seja implementada da forma menos restritiva possível.

2. A Possibilidade de Limitação da Prática Religiosa

É evidente que o simples facto de uma conduta ser realizada em nome de uma crença religiosa não significa, necessariamente, que estará isenta de quaisquer limitações. Ora, o Estado, na busca de assegurar o bem-estar da sociedade, pode muito bem estabelecer regras gerais de comportamento social que, na prática, acabam por restringir determinadas práticas religiosas. Conforme enuncia Kant, “a legislação parte do princípio de restringir a liberdade de cada um às condições que lhe permitem coexistir com a liberdade de outrem, segundo uma lei geral.”⁽⁹⁾

Deste modo, ao tutelar a saúde e a segurança pública, por exemplo, o Poder Público pode adotar políticas de controlo sobre a produção,

⁹ KANT, Immanuel. **A religião nos limites simples da razão**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 94.

distribuição, comercialização e uso de substâncias que possam pôr em risco a saúde da população e que, embora não visem a restrição de uma determinada confissão religiosa, resultam na limitação do seu exercício.

Por outro lado, considerando que a liberdade religiosa está assegurada pela Primeira Emenda à Constituição americana como um direito fundamental,⁽¹⁰⁾ sua restrição, ainda que imposta por normas jurídico-penais e genericamente aplicáveis, deve ser devidamente justificada. De facto, uma lei que é neutra em sua intenção pode não ser neutra em seus efeitos, resultando na imposição de ónus excessivos para determinadas crenças religiosas.⁽¹¹⁾

Assim, o Estado precisa apresentar um motivo suficientemente forte e convincente que justifique que o direito fundamental à liberdade religiosa se curve perante o interesse público perseguido, sem deixar de observar, evidentemente, a proporcionalidade da sua medida.⁽¹²⁾

Nessas hipóteses, caberá aos tribunais, por meio de um controlo rigoroso, denso, próprio dos direitos fundamentais, avaliar a admissibilidade jurídica das limitações impostas pelo Governo a um direito constitucionalmente garan-

tido,⁽¹³⁾ sem que isso configure ativismo judicial ou afronta ao princípio da separação dos poderes.⁽¹⁴⁾ Inclusive, tal mecanismo de freios e contrapesos foi expressamente adotado pela RFRA.

Vale ressaltar que nem todos os atos governamentais que restrinjam o direito à liberdade religiosa são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (*judicial review of administrative decisions*)⁽¹⁵⁾. Tal como ocorre com o direito à liberdade de expressão - igualmente garantido pela Primeira Emenda à Constituição americana -, seu exercício não é ilimitado; deve coexistir com a responsabilidade e o respeito aos demais direitos fundamentais. A vida em sociedade impõe certas limitações aos direitos e o direito à liberdade religiosa não está isento de restrições. A título de exemplo, podemos citar as leis de proteção do sossego público, as quais estabelecem limites de emissão sonora, aplicáveis inclusive a cerimónias religiosas. Embora seja assegurada a liberdade de culto, o uso de aparelhos sonoros nos templos precisa se adequar a esses parâmetros legais de modo a garantir a convivência pacífica com a comunidade.

A restrição à liberdade religiosa sujeita ao controlo judicial, portanto, deve ser de uma intensidade que ultrapasse o razoável e não consista em meros inconvenientes naturais da vida em sociedade. Ainda que oriunda de normas gene-

¹⁰ Os cidadãos americanos, com temor que o novo governo central instituído pela Constituição assumisse poderes excessivos, propuseram emendas para proteger a liberdade de religião, de expressão, de imprensa e outros direitos fundamentais. Aprovaram dez, hoje conhecidas em conjunto como a Declaração de Direitos Fundamentais.

¹¹ TRIGG, Roger. *Equality, Freedom, & Religion*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 114.

¹² Como claramente enfatiza Ana Raquel Gonçalves Moniz, o princípio da proporcionalidade “assume-se como cânone da interpretação constitucional na medida em que pretende assegurar a consonância prático-normativa entre o sentido da norma e a sua axiologia predica-tiva.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os Direitos Fundamentais e a sua circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. p. 160.

¹³ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. *Revista Eletrónica de Direito Público*. n. 1. jan. 2014. p. 03. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n1/v1n1a03.pdf>>. Acesso em 7 out. 2024.

¹⁴ Vale destacar que o mecanismo organizacional de separação de poderes se justifica, conforme defende Bruce Ackerman, pela afirmação dos direitos fundamentais. Ver ACKERMAN, Bruce. The new separation of Powers. *Harvard Law Review*. v. 113, n. 3, p. 633-725; jan. 2000. p. 712-723.

¹⁵ Sobre as possibilidades, vedações e a forte presunção de revisão judicial das decisões administrativas, ver TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1, 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000. p. 286-292.

ricamente aplicadas, a interferência estatal deve resultar num impacto desproporcional sobre o exercício da liberdade religiosa. Tal como descrito na Lei de Restauração da Liberdade Religiosa, deve tratar-se de uma “restrição substancial”.

A respeito do tema, vale mencionar que o Comentário Geral n.º 18 (Não Discriminação) sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Convicção (n. 2 do artigo 2º), esclarecem que configura intolerância e discriminação baseadas na religião, *inter alia*, quaisquer restrições que tenham por objetivo *ou mesmo como consequência* a supressão ou limitação do reconhecimento, ou do exercício de todos os direitos e liberdades em condições de igualdade.

No caso em análise, restou demonstrado que o uso sacramental do chá Hoasca é parte fundamental da prática religiosa dos membros da UDV. O seu uso ritualístico está na centralidade da crença, pois os adeptos creem que através da comunhão do Vegetal, “é dada ao ser humano a oportunidade de transformar seus sentimentos e moldar seu comportamento de forma que possa se reencontrar com este Símbolo de União [Luz, Paz e Amor], fortalecendo o bom convívio social e familiar”.⁽¹⁶⁾ Assim, o uso religioso do chá tem por objetivo ampliar a consciência e alcançar melhor compreensão dos ensinamentos espirituais. E a partir da prática desses ensinamentos – que visam à evolução do ser humano no sentido do seu desenvolvimento das virtudes morais, intelectuais e espirituais

–,⁽¹⁷⁾ que os membros compreendem ser o caminho para merecerem a salvação.

3. Os Supostos Riscos à Saúde e o Ónus Probatório

O governo alegou que a proibição da Hoasca perseguia um interesse público legítimo, argumentando que o uso do chá representava um grave risco à saúde dos membros da UDV. Citou potenciais reações psicóticas, alterações cardíacas e interações medicamentosas adversas associadas à DMT. Além disso, apontou a ausência de dados suficientes sobre os efeitos da Hoasca como justificativa para a proibição como medida de precaução.

Em contraposição, a UDV apresentou um conjunto robusto de estudos científicos que demonstravam a segurança do uso religioso da Hoasca. É interessante notar que, embora os membros da UDV bebam o Vegetal de sua livre e espontânea vontade,⁽¹⁸⁾ no pleno gozo da capacidade civil e autonomia privada, não colocaram em xeque a legitimidade da interferência estatal na tutela paternalista da saúde individual. Num país de forte cultura liberal, a confissão religiosa poderia ter questionado a constitucionalidade da norma proibitiva, objetando a adoção da política proibicionista em relação às substâncias psicoativas, considerando-se o caráter voluntário e livremente consentido de seu uso. No entanto, não houve divergência quanto à legalidade e à importância do Estado em promover a saúde e a segurança públicas por meio de medidas protetivas.

¹⁷ Consoante o disposto no artigo 3º, I, do Estatuto do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal.

¹⁸ Conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º do Regimento Interno da instituição religiosa.

¹⁶ **Ritual.** Op. cit.

O que está em causa, observe-se bem, não é a validade jurídica de um ato de disposição da própria integridade física⁽¹⁹⁾ – um argumento frequentemente utilizado por movimentos que militam a favor da liberação das drogas. A questão que se coloca é a necessidade de verificar a inoquidade ou não do uso sacramental da Hoasca.

Isto posto, revela-se imprescindível que a apreciação da matéria - seja no âmbito da formulação de leis, seja na sua revisão judicial – leve em consideração os estudos científicos disponíveis (como os de ordem médico-farmacológica, bioquímica, etnobotânica, psicossocial e antropológica), além de que seja sopesado o contexto em que o chá é utilizado. A proibição imposta implica uma severa restrição ao exercício da liberdade religiosa dos praticantes das religiões hoasqueiras. Não é razoável que uma limitação tão drástica a um direito fundamental se baseie em meras suposições ou temores infundados.

A restringibilidade dos direitos consagrados na Constituição é a exceção, não a regra. Consequentemente, no âmbito processual, o ônus probatório recai sobre o Estado. Não compete à religião ter que comprovar a segurança do seu sacramento. A mera invocação, por parte do governo, de um interesse público imperioso não pode, evidentemente, vir desacompanhada de provas. Efetivamente, mesmo sob a justificativa de promoção de um “*summum bonum*”,⁽²⁰⁾ o Estado deve demonstrar a necessidade de limitar o exercício do direito fundamental à liberdade de religião e de crença. Aplica-se, aqui, o brocardo latino *allegatio partis non facit ius*, que, no vernáculo, significa: “a alegação da parte não faz o

direito”. Como bem ressaltado pelo comitê de organizações religiosas e de liberdades civis, que atuaram como *amicus curiae* – formado pela Associação Nacional de Evangélicos, o Conselho Nacional de Igrejas Presbiterianas, o Comitê Misto Batista, a União Americana das Liberdades Civis e a Fundação para o Livre Exercício da Religião –, previsões especulativas, não sustentadas por provas específicas, não demonstram que o interesse é convincente ou que a ameaça seja efetivamente substancial.⁽²¹⁾

Conforme verificado em todas as instâncias judiciais, o governo não conseguiu apresentar provas convincentes de que o uso sacramental da Hoasca representava um risco significativo à saúde. Pelo contrário, os estudos científicos apresentados pela UDV demonstraram não apenas a ausência de malefícios, mas também benefícios associados à prática religiosa, como o aumento do comportamento responsável entre os membros e melhorias na saúde mental.⁽²²⁾

²¹ Manifestação dos *amicus curiae* disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3bc166128266a7808fef4/1571011616258/RFRAAmicusBrief.pdf>>. Acesso em 4 out. 2024. p. 25.

²² Pesquisas médicas contemporâneas têm vindo a confirmar os mesmos resultados benéficos, inclusive a longo prazo. A título de exemplo, cita-se: FONSECA, Arilton M. *et al.* Long-term ayahuasca use is associated with preserved global cognitive function and improved memory: a cross-sectional study with ritual users. **European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience**, Springer-Verlag GmbH Germany, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s00406-024-01817-9>; JIMÉNEZ-GARRIDO, Daniel F. *et al.* Effects of ayahuasca on mental health and quality of life in naïve users: a longitudinal and cross-sectional study combination. **Scientific Reports**, Nature Research, v. 10, n. 1, p. 4075, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-61169-x>.

¹⁹ Questão muito relevante nos casos de circuncisão e excisão clitoridiana.

²⁰ “Bem maior”.

Além disso, a “ausência de dados suficientes” não configura, por si só, um interesse imperioso apto a justificar a grave interferência na liberdade de culto. O Estado não pode fundamentar-se em preocupações hipotéticas ou especulativas em vez de dados científicos concretos.

4. A relevância do contexto religioso

Outro ponto fundamental que merece ser explicado é quanto à relevância do contexto e a forma com que o chá é utilizado. Tal como ponderado pelo grupo de psicólogos, psiquiatras e especialistas em políticas sobre drogas ouvidos no processo,⁽²³⁾ nenhum fármaco ou substância química está isento de risco. No entanto, todo e qualquer risco deve ser colocado em perspectiva, na medida em que em algum grau, praticamente toda atividade humana envolve risco à saúde, seja tomando uma simples aspirina, seja participando de rituais religiosos como a circuncisão ou até mesmo na ingestão excessiva de água.⁽²⁴⁾

Destarte, a forma e as circunstâncias com que o chá Hoasca é utilizado revelam-se assaz importantes para o deslinde da questão, notadamente porque a União do Vegetal pleiteou tão-somente o afastamento da proibição quanto ao uso sacramental e não para o uso indiscriminado.

²³ GABLE Robert *et al.*, Brief of Robert Gable, Ed.D., Ph.D., Harriet de Wit, Ph.D., Wayne Hall, Ph.D., Chris-Ellyn Johanson, Ph.D., William A. Mckim, Ph.D., Daniel M. Perrine, Ph.D., and Manuel Tancer, M.D., como *amici curiae* em suporte ao Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, Supreme Court of the United States Nr. 04-1084 (546 U.S. 418), September 2005. p. 4. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3be1ebc05e525b7bc57fa/1571012130415/medical_amicus.pdf> Acesso em 8 out. 2024.

²⁴ BALLANTYNE, Coco. Água demais pode fazer mal e até matar: em uma cultura obcecada pela hidratação, é possível sofrer uma overdose de água. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/agua_demaix_pode_fazer_mal_e_ate_matar.html>. Acesso em 8 out. 2024.

O uso religioso, conforme requerido pela UDV, consiste em beber o chá Hoasca, de livre e espontânea vontade, como sacramento durante as cerimônias religiosas para efeito de concentração mental,⁽²⁵⁾ ampliando a percepção do mundo espiritual e auxiliando na transformação dos comportamentos pessoais, rumo à perfeição do espírito. Tal ritual ocorre dentro de templo com a transmissão de doutrina espiritual e é destinado exclusivamente aos sócios da UDV⁽²⁶⁾ com a participação dos membros da Direção do Núcleo (integrantes experientes que ocupam um lugar de responsabilidade na hierarquia da instituição), ou seja, num ambiente apropriado em que os adeptos se congregam sentados e são acompanhados por pessoas com grande familiaridade com os efeitos do chá.⁽²⁷⁾⁻⁽²⁸⁾

Além desses aspetos, a instituição não realiza eventos abertos ao público, no sentido de qualquer pessoa que esteja a caminhar nas imediações possa entrar e participar. A participação nos cultos é restrita aos filiados, sendo que os

²⁵ Conforme o disposto no artigo 1º do Regimento Interno da UDV.

²⁶ Consoante o disposto na Primeira Parte do Boletim da Consciência da UDV.

²⁷ SOARES, Edson Lodi Campos; MOURA, Cristina Patriota. Objetivos da União do Vegetal como grupo religioso brasileiro e internacional. In: BERNARDINHO-COSTA, Joaze (org.). **Hoasca**: ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado das Letras, 2011. p. 151-164. p. 155.

²⁸ Como destacado pelos médicos especialistas em alucinógenos ouvidos no processo, “os ambientes de pesquisa controlados podem ter algo a aprender com os rituais de longa data, bem-praticados e cuidadosamente controlados dessas religiões. Essas religiões têm líderes com tremenda experiência com os efeitos do sacramento sobre as pessoas, e as tradições foram transmitidas ao longo de gerações para promover a segurança e aprofundar os valores religiosos. As medidas de triagem, preparação e apoio (pré, pós e durante a sessão) dos membros da UDV são cuidadosamente planejadas para proteger e promover o bem-estar e não devem ser descartadas, *a priori*, como descontroladas.” (Tradução nossa). Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3bebbf3f1e0b33464b9b/1571012287786/amicus_re_csa.pdf> . Acesso em 4 out. 2024.

interessados passam por uma entrevista prévia para verificar se estão condições psicológicas e emocionais de participar da cerimônia religiosa. Por considerar o chá sagrado, a confissão religiosa vê o uso recreativo ou comercial do chá como um grave sacrilégio, contrário ao seu caráter transcendente e sua função sublime de elevação moral e espiritual do ser humano.

Na UDV, portanto, há um uso sério e responsável do chá Hoasca, dentro de uma estrutura ritualística sob a condução de um Mestre e transmissão da doutrina religiosa, que os participantes relataram ser essencial para obterem resultados positivos em suas vidas, como “ser um bom pai” e deixar de beber álcool.⁽²⁹⁾ Vale sublinhar, ainda, que além da Hoasca, a União do Vegetal não utiliza substâncias psicoativas em seus rituais⁽³⁰⁾: o chá é preparado unicamente com mariri, chacrona e água e é absolutamente proibido o acesso de quem quer que seja aos rituais religiosos e o uso do chá por pessoas que estejam em estado de embriaguez ou sob efeito de qualquer droga.⁽³¹⁾

Por tais razões, os *amici curiae* asseguraram que, quando utilizado no contexto religioso pela UDV, “todas as provas confiáveis até o momento estabelecem que a Hoasca é um sacramento seguro e positivo.”⁽³²⁾ Tais práticas e

cuidados rigorosos adotados pela confissão religiosa revelaram-se de grande importância para a decisão na Suprema Corte dos EUA. Não apenas confirmaram a sinceridade da crença, mas também demonstram que o uso da Hoasca, no contexto adequado, não oferece riscos à saúde pública, reafirmando sua segurança no ambiente ritualístico-religioso.⁽³³⁾

5. A Incidência da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e as Exceções Religiosas

Um ponto central na argumentação do governo foi que a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 obrigava os Estados Unidos a proibir o uso da Hoasca, uma vez que a DMT (presente nas folhas da chacrona) está listada na Lista I do tratado. A Suprema Corte teve de analisar se a Convenção também se aplicava ao chá e, em caso afirmativo, se havia espaço para exceções religiosas.

Em primeiro grau, o juízo havia deliberado que a Convenção não abrangia a Hoasca, tendo como fundamento os Comentários à Convenção elaborado pela própria Nações Unidas

²⁹ Conforme manifestação dos *amici curiae*. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3be1ebc05e525b7bc57fa/1571012130415/medical_amicus.pdf>. Acesso em 8 out. 2024. p. 12.

³⁰ SOARES, Edson Lodi Campos; MOURA, Cristina Patriota. Op. cit., p. 155.

³¹ **Carta de Princípios das entidades religiosas usuárias do Chá Hoasca.** Disponível em: <https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carta_p.pdf>. Acesso em 8 out. 2024.

³² Tradução nossa. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3bebbff3f1e0b33464b9b/1571012287786/amicus_re_csa.pdf>. Acesso em 4 out. 2024.

³³ A respeito da importância do contexto religioso para o uso do Vegetal, o neurocientista Jace Callaway enfatiza o seguinte: “Sabemos que a Hoasca oferece uma tecnologia confiável para religar o usuário com o divino em um profundo conhecimento de si mesmo e essa ligação traz um profundo conhecimento do sentido da vida, em um propósito único de ampliar o sentimento de união. Tais valores são descritos em quase todas as tradições religiosas. Há uma profunda e confortável sensação da infinitude que surge com esta experiência e não apenas uma percepção de início ou fim. Isso poderia ser uma aproximação do céu? Essas crenças existem em todas as religiões. Talvez a diferença fundamental seja que a Hoasca oferece uma forma palpável e ativa para vivenciar tal sacramento quando da sua comunhão, enquanto a maioria das outras religiões aparentemente não. (...) Em resumo, Hoasca é um sacramento que não exige muito da fé e a UDV fornece um contexto para a utilização eficiente dessa experiência.” (CALLAWAY, Jace. Projeto Hoasca: Um depoimento pessoal 15 anos depois. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze (Org.). **Hoasca**: Ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado de Letras, 2011. p. 80).

– que salienta que “a Lista I [da Convenção] não relaciona (...) substâncias alucinógenas naturais” e que “as plantas, como tais, não estão e provavelmente não estarão relacionados na Lista I, mas apenas alguns produtos obtidos das plantas.” Ponderou, ainda, que a Hoasca, tal como as plantas das quais o chá é feito, é suficientemente diferente da DMT em si para ser abrangida pelo Tratado.

Levada a questão à Suprema Corte, esta consignou que a Convenção estabeleceu que “um preparado está sujeito às mesmas medidas de controle que a substância psicotrópica nele contida” e definiu “preparado” como sendo “qualquer solução ou mistura, em qualquer estado físico, que contenha uma ou mais substâncias psicotrópicas”. Sob tais premissas, a Suprema Corte entendeu que a Hoasca é uma “solução ou mistura” contendo DMT. Considerou que o facto de a Hoasca ser produzida por um simples processo de decocção das plantas (ao invés de algum método mais sofisticado) não a altera. Assim, seria irrelevante o Comentário do Órgão Internacional de Fiscalização de Estupefacientes – OIFE [*International Narcotics Control Board – INCB*] das Nações Unidas no tocante à não abrangência da Convenção. Por fim, enfatizou que a UDV almejava importar e utilizar o chá Hoasca, e não as plantas em si, o que colocaria o chá claramente dentro categoria de “preparado”, nos termos da Convenção.

Data venia o entendimento acolhido pela Suprema Corte, mas a fragilidade e ambiguidade do raciocínio defendido pelo governo são evidentes e contradizem sua própria jurisprudência, senão vejamos.

Na linha do esclarecimento prestado pela entidade da Organização das Nações Unidas

especializada na matéria, a simples presença de uma substância controlada, como a DMT, em determinada planta o composto, não implica, por si só, estarem sujeitos ao controlo internacional. A Convenção das Nações Unidas e a Lei de Substâncias Controladas claramente fazem distinção entre substâncias controladas e plantas as que contêm, as quais são listadas separadamente. Do contrário, estar-se-ia criminalizando a venda de crisântemos e de acácias,⁽³⁴⁾ que contêm uma pequena quantidade de DMT.

Note-se que a mescalina (alcaloide psicoativo controlado) e o peiote (a planta que contém a mescalina) são tratados separadamente na legislação internacional. Várias espécies de catos contêm mescalina, mas apenas o cato peiote (*Lophophora williamsii*) está listado. As outras espécies, embora contenham mescalina, não estão listadas e são consideradas legais, sendo comercializadas livremente em viveiros de plantas.

Feita tal distinção elementar, convém destacar que a Convenção, ao definir *preparação* como “uma solução ou uma mistura, qualquer que seja o seu estado físico, que inclua uma ou várias substâncias psicotrópicas, ou uma ou várias substâncias psicotrópicas em forma dosificada” (artigo 1º, *f*), I e II), teve como objetivo abranger as variadas formas pelas quais as drogas podem ser formuladas e transportadas. A intenção foi evitar que substâncias controladas fossem manipuladas ou combinadas de formas que dificultassem sua detecção ou controlo, garantindo uma abordagem abrangente para

³⁴ Sobre a presença de DMT nas variadas espécies de acácias, ver SADGROVE, Nicholas J. Rumors of psychedelics, psychotropics and related derivatives in *Vachellia* and *Senegalia* in contrast with verified records in Australian *Acacia*. **Plants** (Basel, Switzerland), v. 11, n. 23, p. 3356, 2 dez. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/plants11233356>>. Acesso em: 15 out. 2024.

coibir o tráfico e o uso ilícito de substâncias psicotrópicas.

Com efeito, em *Chapman v. United States*, 500 U.S. 453, 461 (1991), a Suprema Corte já havia esclarecido que os termos “material, composto, mistura ou preparação”, no contexto da Lei de Substâncias Controladas, referem-se ao “meio de transporte” criado para facilitar a entrega comercial da droga.⁽³⁵⁾ Assim, embora o termo *mistura* não seja claramente definido pela Lei de Substâncias Controladas nem tenha um significado prescrito na legislação em geral, a Corte o interpretou como sendo uma combinação de um fármaco controlado com um diluente, agente de corte⁽³⁶⁾ ou meio de transporte projetado para facilitar a sua manipulação, transporte, venda ou utilização.⁽³⁷⁾ Essa interpretação reflete a finalidade da legislação em coibir não apenas o uso isolado de substâncias controladas, mas também as diversas formas em que essas substâncias podem ser preparadas para fins ilícitos.

Deve-se ter atenção, no entanto, que os termos *preparação*, *solução* e *mistura* não devem ser interpretados de forma tão vaga e ampla a ponto de criminalizar a um simples chá feito de plantas que contenham alguma substância listada, como o chá de acácia, popularmente utilizado para tratar resfriado. Isso porque, nesses casos, não há isolamento, concentração ou purificação das substâncias. Como bem consignou a Corte de Apelação de Paris ao interpretar a Conven-

ção de Substâncias Psicotrópicas de 1971, esta não se aplica a líquidos obtidos pela fervura ou maceração de folhas de plantas. Afinal, esses processos não geram uma “substância” no sentido das Convenções de Viena, uma vez que não sintetizam elementos químicos.⁽³⁸⁾

Dito de outro modo, considera-se uma *preparação* prosrita pela Convenção, quando um indivíduo utiliza uma substância inequivocamente listada e a mistura com outras substâncias ou adiciona algum diluente ou agente de corte. Veja-se que a droga não perde sua natureza por causa desse processo, que só serve como “uma ferramenta do comércio para aqueles que traficam droga.”⁽³⁹⁾ Portanto, os termos *solução* ou *mistura* referem-se ao produto artificial em que uma substância controlada é dissolvida ou misturada intencionalmente com outros componentes, geralmente com o objetivo de facilitar sua venda ou distribuição comercial.

No caso do chá Hoasca utilizado pela confissão religiosa, por outro lado, em nenhuma fase de sua preparação ocorre destilação, purificação ou isolamento da DMT presente em uma das plantas. Além disso, não há qualquer adição de substâncias controladas, diluentes, agentes de corte ou algo assemelhado. O juízo de primeira instância, ao reconhecer a diferença substancial entre o chá Hoasca e o que seria uma “preparação de DMT”, reforçou a ausência de evidências de que o processo de fervura utilizado para preparar o chá resulte na separação química da DMT.

De facto, na UDV o preparo da Hoasca é feito através da simples decocção do mariri e da chacrona em suas formas naturais, sem o isola-

³⁵ Nesse caso, a Suprema Corte corretamente enquadrou cartelas contendo LSD como sendo uma “mistura”. Cf. decisão disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/453/>>. Acesso em 9 out. 2024.

³⁶ Um agente de corte é uma substância química usada para “cortar” (diluir ou adulterar) drogas recreativas com algo mais barato que a própria droga.

³⁷ *Chapman v. United States*, já citado.

³⁸ *Affaire Bauchet*, Proc. n. 04/01888. Cour d’appel de Paris, 2005.

³⁹ Tradução nossa. *Chapman v. United States*, já citado.

mento da DMT, sendo que nenhuma das duas plantas é listada pela Convenção. O resultado, por conseguinte, não pode ser considerado uma preparação.⁽⁴⁰⁾

Para não restar dúvidas sobre a impropriedade da interpretação imprecisa adotada pela Suprema Corte, consideremos ainda o seguinte exemplo: a folha da chacrona (*Psychotria viridis*), tal como o capim-amarelo (*Phalaris arundinacea*), contém pequenas concentrações naturais de DMT.⁽⁴¹⁾ Contudo, do mesmo modo que um simples chá de capim-amarelo não é classificado uma “preparação” nos termos da Convenção, o chá Hoasca, tal como é feito pela UDV – ou seja, uma simples decocção do mariri (*Banisteriopsis caapi*) e da chacrona –, também não deve ser considerado uma *preparação* e, consequentemente, não está abrangido pela Convenção.

Assim, ao nosso ver, agiu mal a Suprema Corte americana inclusive ao ignorar por completo o esclarecimento do Secretário do Órgão Internacional de Fiscalização de Estupefacientes, entidade das Nações Unidas especializada na matéria, que enfatizou que a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas não se aplica às plantas que contêm naturalmente a DMT e aos chás feitos dessas plantas, incluindo a *ayahuasca*. Confira-se:

⁴⁰ Nesse sentido, a Corte de Apelação de Paris ao julgar uma causa envolvendo o uso do chá *ayahuasca* (Hoasca), ressaltou que “uma ‘preparação’, sendo uma operação de técnica farmacêutica que consiste em dispor previamente as substâncias que devem ser misturadas ou, no caso de uma solução, que devem ser dissolvidas em um líquido, está estabelecido pelos documentos do processo e pelos debates que o DMT ou N,N-dimetiltriptamina, em questão neste procedimento, não foi obtido por esse meio *Affaire Baucher*, Proc. n. 04/01888. Cour d’appel de Paris, 2005). (tradução nossa).

⁴¹ SHULGIN, Alexander T; SHULGIN, Ann. **Tihkal: the continuation**. Berkeley: Transform Press, 2016. p. 259.

Nenhuma planta (materiais naturais) que contenha DMT está atualmente sob o controle da Convenção de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas. Consequentemente, as preparações (por exemplo, decocções) feitas desses vegetais, incluindo a *ayahuasca*, não estão sob controle internacional e, portanto, não estão sujeitas a nenhum dos artigos da Convenção de 1971.⁽⁴²⁾

Veja-se que o artigo 5.º da Convenção Única de 1961 sobre os Estupefacientes, ao regulamentar os órgãos internacionais de fiscalização, preceitua que: “Reconhecendo a competência da Organização das Nações Unidas em matéria de fiscalização internacional de estupefacientes, concordam as Partes em confiar à Comissão dos Estupefacientes do Conselho Económico e Social e ao Órgão Internacional de Fiscalização de Estupefacientes as funções que são atribuídas a cada um desses órgãos pela presente Convenção.” Esse dispositivo destaca a centralidade dos órgãos internacionais para interpretar e aplicar as regras previstas nas convenções que regulamentam estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Diante da necessidade de assegurar a coerência entre os sistemas jurídicos nacionais e o regime internacional de controle de drogas, é inegável que as interpretações fornecidas pelos órgãos mencionados – a Comissão dos Estupefacientes do Conselho Económico e Social e o Órgão Internacional de Fiscalização de Estupefacientes – possuem caráter vinculante para os Estados-partes. Isso garante que a implementação das normas internacionais seja uniforme e respeite os parâmetros estabelecidos no âmbito global.⁽⁴³⁾

⁴² Tradução nossa. Disponível em: <https://www.bialabate.net/wp-content/uploads/2008/08/letter_official_position_incb_-_regarding_ayahuasca.pdf>. Acesso em 11 out. 2024.

⁴³ Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 15/93, que estabelece o regime

Nesse contexto, as interpretações advindas de entidades nacionais sobre os termos das convenções, como “preparação”, “mistura” ou “solução”, não podem suplantar aquelas fornecidas pelos órgãos de controle internacional. Ao negligenciar os esclarecimentos desses órgãos, corre-se o risco de criar inconsistências e violações dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados-partes.⁽⁴⁴⁾

Até mesmo em virtude da notória dificuldade hermenêutica, tanto técnico-farmacológica quanto jurídica, envolvendo os termos “preparação”, “solução” e “mistura”, seria, no mínimo, prudente que a Suprema Corte ter se servido do pronunciamento do Órgão Internacional de Fiscalização de Estupefacientes para balizar a questão.⁽⁴⁵⁾ Além disso, o Comentário à

jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, e que revisa a legislação de combate às drogas, reforça a interpretação harmônica com as convenções internacionais. O artigo 73º desse diploma legal especifica que “as regras e conceitos técnicos contidos no presente diploma são entendidos de harmonia com as convenções internacionais relativas a estupefacientes e substâncias psicotrópicas ratificadas pelo Estado Português”. Tal disposição alinha a interpretação das normas nacionais com os parâmetros definidos pela comunidade internacional, deixando claro que o enquadramento de substâncias e preparações psicotrópicas deve seguir a orientação dos tratados ratificados. Isso implica que a interpretação dos termos “preparação”, “solução” e “mistura” deve ser realizada à luz das convenções internacionais, garantindo uma uniformidade interpretativa e evitando contradições ou ambiguidades na aplicação das normas.

⁴⁴ Como bem destaca Jónatas Machado, um dos princípios gerais de direito internacional é o *pacta sunt servanda*, que “implica o dever de executar as convenções devidamente aprovadas ou ratificadas, adequando o direito interno ao direito internacional e não invocando o direito interno como causa de justificação da inexecução, sob pena de violação das obrigações internacionais assumidas.” (**Direito Internacional:** do Paradigma Clássico ao Pós-11 de setembro. 5. ed. Coimbra, 2019. p. 355).

⁴⁵ Tal posicionamento foi levado em consideração pela “Câmara de Assessoramento Técnico-científico sobre o uso religioso da *ayahuasca*” para regulamentar o seu uso no Brasil: “(...) é ponderável registrar que o INCB (*International Narcotics Control Board*), da Nações Unidas, relativamente à *ayahuasca*, afirma que, sendo a planta utilizada praticamente in natura não cabe nenhum controle, acrescentando que não haverá controle das plantas usadas em forma de chá, segundo a opinião do INCB, pois não há purificação, concentração ou isolamento de substâncias”, trecho do Parecer emitido em 17.08.2004.

Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas, igualmente desconsiderado, contém instruções essenciais para a correta interpretação dessas normas e oferece orientação oficial às Partes no cumprimento de suas obrigações perante a Convenção.⁽⁴⁶⁾

Destarte, diferentemente do que decidiu a Suprema Corte, a Convenção de Viena não se aplica ao chá Hoasca. Ainda que se admitisse tal aplicação, seria não apenas possível, mas necessário, estabelecer uma exceção para o uso religioso. Essa conclusão é respalda pela interpretação da *mens legis*, que visa à tutela da saúde e bem-estar públicos,⁽⁴⁷⁾ sendo que o uso sacramental da Hoasca, como observado, é comprovadamente inofensivo à saúde. A criação de uma exceção, portanto, estaria plenamente em consonância com os princípios de respeito à liberdade religiosa, ao mesmo tempo em que não comprometeria a finalidade da Convenção de assegurar a segurança e a saúde coletivas.

No entanto, o Governo alega que a descrição das substâncias da Lista I da como tendo “um alto potencial de abuso”, “nenhum uso médico atualmente aceito” e a “falta de segurança aceita para uso (...) sob a supervisão médica”, por si só, impediria qualquer concessão de exceção individualizada. Argumenta, ainda, que o sistema regulatório “fechado” da Lei – que proíbe qualquer uso de substâncias controladas, exceto quando autorizado pela própria Lei –, não poderia funcionar adequadamente se estivesse sujeito a exceções judiciais.

⁴⁶ BRONFMAN, Jeffrey. The Legal Case of the União do Vegetal vs. the Government of the United States. p. 287-300. In: LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (eds.). **The Internalization of Ayahuasca**. Münster: Lit Verlag, 2011. p. 294.

⁴⁷ Conforme consta nos considerandos e no art. 23 da Convenção.

Ocorre que, tal como sublinhado pela Suprema Corte, a própria Lei de Substâncias Controladas permite ao Procurador-Geral dispensar o requisito de registo de certos fabricantes se ele o considerar compatível com a saúde pública e a segurança, nos termos do artigo 21 U.S.C. §822(d). Ademais, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas e a Lei de Substâncias Controladas excepcionam o uso sacramental do cato peiote, uma planta enteógena que contém a mesalina, substância igualmente relacionada na Lista I. Ora, se todas as substâncias da Lista I fossem sempre, de facto, altamente perigosas em qualquer quantidade e contexto, como quis fazer crer o Governo americano, seria incoerente permitir o uso do peiote pelos membros da Igreja Nativa Americana. Nenhuma condição política especial conferida às tribos nativas torna seus integrantes imunes aos riscos à saúde alegados pelo Governo em relação ao uso de substâncias listadas na Lista I, nem as isenta do risco de desvio do contexto religioso. Além disso, a exceção do uso religioso do peiote não prejudicou os esforços governamentais para coibir o uso indiscriminado da substância. Isso demonstra que é perfeitamente possível regulamentar e permitir o uso ritualístico de substâncias enteógenas, sem comprometer a segurança pública. Aliás, ficou demonstrado que a existência da exceção do uso religioso do peiote não reduziu a ação governamental de combate ao uso indiscriminado.

Há que ser registado, ainda, que as práticas religiosas e as tradições em análise antecedem a existência da Convenção, que apenas as reconheceram como parte integrante das convicções numa sociedade plural. Destarte, foram as práticas que deram origem à exceção da Convenção

das Nações Unidas, e não o contrário.⁽⁴⁸⁾

Por fim, o exame da questão deve considerar a RFRA, que claramente concede aos tribunais a competência para reconhecer exceções religiosas às leis de aplicação geral. Conforme preceitua o artigo 42 U.S.C. §2000bb-1(c): “Uma pessoa cujo exercício religioso tenha sido restringido, em violação a este artigo, pode alegar essa violação em uma ação ou em defesa de um processo judicial e obter tutela adequada contra um governo.” Dessa forma, a RFRA exige que o governo busque alternativas menos restritivas antes de impor uma limitação ao exercício religioso.

No caso específico da UDV, seria perfeitamente viável a criação de um regime de controlo e supervisão específico para o uso da Hoasca, de modo a equilibrar a necessidade de garantir a segurança pública sem inviabilizar a prática religiosa. O estabelecimento de medidas como o registo de grupos religiosos, importação controlada e monitoramento rigoroso do uso do chá sacramental, são alternativas menos restritivas que atenderiam aos interesses governamentais, preservando, ao mesmo tempo, o direito constitucional à liberdade religiosa.

6. Considerações Finais

A análise do caso *Gonzales v. UDV* revela a complexidade de equilibrar o respeito ao exercício da liberdade religiosa com a tutela de interesses públicos, como a saúde e a segurança. No entanto, o julgamento também demonstrou que o Estado deve sempre considerar medidas menos gravosas antes de restringir direitos fundamentais.

No caso em questão, restou incontroverso

⁴⁸ FACUNDES, Jair Araújo. **Constituição e pluralismo**: a proteção do uso ritual da Ayahuasca (Daime) pela liberdade religiosa. p. 230.

que o uso religioso do chá Hoasca é central à prática religiosa da UDV, constituindo um elemento essencial de sua crença e rituais. A Suprema Corte, ao aplicar a Lei de Restauração da Liberdade Religiosa (RFRA), deixou claro que qualquer interferência no exercício da liberdade religiosa deve ser justificada pela falta de alternativas que protejam os interesses estatais com menor impacto.

Verificou-se que o governo não conseguiu demonstrar que a proibição total do uso do chá Hoasca era a única forma de proteger a saúde pública, uma vez a imposição de controles rigorosos de importação e uso poderia satisfazer suas preocupações sem sacrificar o direito constitucional à liberdade de culto. Além disso, o histórico da confissão religiosa União do Vegetal evidenciou que o uso do chá Hoasca ocorre em contextos adequados e de forma segura, demonstrando seriedade e respeito aos rituais religiosos, o que reforça a inofensividade da prática.

O julgamento serve como um importante precedente para a criação de exceções judiciais em prol de minorias religiosas, especialmente no contexto de práticas que envolvem substâncias controladas, reforçando a necessidade de um exame rigoroso das alternativas regulatórias menos restritivas que conciliem o interesse público com a proteção dos direitos fundamentais.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of Powers. **Harvard Law Review**. v. 113, n. 3, p. 633-725, jan. 2000.
- BALLANTYNE, Coco. Água demais pode fazer mal e até matar: em uma cultura obcecada pela hidratação, é possível sofrer uma overdose de água. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/noticias/agua-demais-pode-fazer-mal-e-ate-matar.html>. Acesso em 8 out. 2024.
- BERNARDINO-COSTA, Joaze (Org.). **Hoasca**: Ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado de Letras, 2011.
- BRONFMAN, Jeffrey. The Legal Case of the União do Vegetal vs. the Government of the United States. p. 287-300. In: LABATE, Beatriz Caiuby; JUNGABERLE, Henrik (eds.). **The Internalization of Ayahuasca**. Münster: Lit Verlag, 2011.
- CALLAWAY, Jace. Projeto Hoasca: Um depoimento pessoal 15 anos depois. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze (Org.). **Hoasca**: Ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado de Letras, 2011.
- Carta de Princípios das entidades religiosas usuárias do Chá Hoasca**. Disponível em: https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carta_p.pdf. Acesso em 15 out. 2024.
- CHAPMAN v. UNITED STATES, 500 U.S. 453, 1991. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/453/>. Acesso em: 11 out. 2024.
- ENTHEOGEN. In: **English Oxford Living Dictionaries**. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/us/entheogen>. Acesso em 2 out. 2024.
- ESCOBAR, José Arturo Costa. **Ayahuasca e Saúde**: Efeitos de uma Bebida Sacramental Psicoativa na Saúde Mental de Religiosos Ayahuasqueiros. Recife, 2012. 260 f. Tese apresentada à Pós-Graduação em Psicologia Cognitiva da Universidade Federal de Pernambuco para obtenção do título de Doutor em Psicologia Cognitiva.
- FABIANO, Rui. **Mestre Gabriel, o Mensageiro de Deus**. Brasília: UDV, 2009.
- FACUNDES, Jair Araújo. Constituição e pluralismo: a proteção do uso ritual da Ayahuasca (Daime) pela liberdade religiosa. In: **Casos constitucionais em destaque: princípios fundamentais**. Brasília: CJP/CEJ, 2013. p. 179-278. (Série Monografias do CEJ).
- FONSECA, Arilton M. *et al.* Long-term ayahuasca use is associated with preserved global cognitive function and improved memory: a cross-sectional study with ritual users. **European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience**, Springer-Verlag GmbH Germany, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s00406-024-01817-9>. Acesso em 2 out. 2024.
- GABLE, Robert *et al.* Brief as *amici curiae* in support of Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Supreme Court of the United States, Nr. 04-1084 (546 U.S. 418), set. 2005. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3be1ebc05e525b7bc57fa/1571012130415/medical_amicus.pdf. Acesso em: 8 out. 2024.
- HALPERN, John H.; SANCHEZ-RAMOS, Juan; GURULE, Jimmy. Brief as *amici curiae* in support of Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Supreme Court of the United States, Nr. 04-1084 (546 U.S. 418), set. 2005. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5d78559ca113125b6a9d2bd4/t/5da3be1ebc05e525b7bc57fa/1571012130415/medical_amicus.pdf. Acesso em: 4 out. 2024.
- JIMÉNEZ-GARRIDO, Daniel F. *et al.* Effects of ayahuasca on mental health and quality of life in naïve users: a longitudinal and cross-sectional study combination. **Scientific Reports**, Nature Research, v. 10, n. 1, p. 4075, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-61169-x>.
- MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de setembro. 5. ed. Coimbra, 2019.

KANT, Immanuel. **A religião nos limites simples da razão**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Os Direitos Fundamentais e a sua circunstância**: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **Revista Eletrônica de Direito Público**. n. 1. jan. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n1/v1n1a03.pdf>>. Acesso em 7 out. 2024.

Projeto Hoasca. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Disponível em: <<https://udv.org.br/pesquisas-cientificas/projeto-hoasca/>>. Acesso em 3 out. 2024.

Ritual. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal. Disponível em <<http://udv.org.br/ritual-religioso-na-uniao-do-vegetal/>>. Acesso em 7 out. 2024.

SADGROVE, Nicholas J. Rumors of psychedelics, psychotropics and related derivatives in *Vachellia* and *Senegalia* in contrast with verified records in Australian *Acacia*. **Plants** (Basel, Switzerland), v. 11, n. 23, p. 3356, 2 dez. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/plants11233356>>. Acesso em: 15 out. 2024.

SHULGIN, Alexander T; SHULGIN, Ann. **Tihkal: the continuation**. Berkeley: Transform Press, 2016.

SOARES, Edson Lodi Campos; MOURA, Cristina Patriota. Objetivos da União do Vegetal como grupo religioso brasileiro e internacional. In: BERNARDINHO-COSTA, Joaze (org.). **Hoasca**: ciência, sociedade e meio ambiente. Campinas: Mercado das Letras, 2011.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. v. 1, 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000.

TRIGG, Roger. **Equality, Freedom, & Religion**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD. Letter from Mr. Herbert Schaepe, Secretary of the Board. Ref. INCB-PSY 10/01 of 17 Jan. 2001. Disponível em: https://www.bialabate.net/wp-content/uploads/2008/08/letter_official_position_incb_-regarding_ayahuasca.pdf. Acesso em: 11 out. 2024.

A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO AO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL ^(*)

Luiza Fernandes Oliveira Couto ^(**) · Icaro Menezes Gago Diniz Couto ^(***)

Resumo: *Em Portugal, a gestação de substituição é regulamentada pela Lei n.º 32/2006, modificada pela Lei n.º 25/2016 e pela Lei n.º 90/2021, que estabelece regras específicas sobre esse processo. Esta legislação estabelece um quadro jurídico específico para a prática da gestação de substituição, permitindo-a apenas em casos excepcionais e altruístas, nomeadamente quando a mulher beneficiária não pode engravidar por razões médicas, sendo vedada qualquer forma de compensação financeira à gestante, exceto pelo reembolso de despesas diretamente relacionadas à gravidez. No que diz respeito ao direito de arrependimento da gestação de substituição, o tema tem sido objeto de debate jurídico em Portugal, sendo certo que o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre a matéria, nomeadamente nos Acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, suscitando questões sobre a proteção dos direitos fundamentais da gestante de substituição, como por exemplo a violação ao princípio da dignidade humana e a irrevogabilidade do consentimento da gestante. Por conseguinte, a Lei n.º 90/2021 procurou ajustar a legislação às indicações do Tribunal Constitucional, de modo a manter para os beneficiários o limite da livre revogabilidade do consentimento prestado até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida, e no caso da gestante, acolhendo a posição do Tribunal Constitucional, a livre revogabilidade do consentimento prestado estende-se até o registo da criança nascida na sequência do contrato. No tocante à indemnização decorrente da responsabilidade contratual no caso de arrependimento*

da gestante ao que foi contratado livremente por si, a lei não prevê expressamente uma solução, o que poderá gerar situações dúbias, sendo esta a problemática principal da pesquisa. É certo que a legislação portuguesa assegura o direito ao arrependimento da gestante como uma salvaguarda ética e jurídica, ao considerar a possibilidade de a gestante desenvolver um forte vínculo emocional profundo. No entanto, há incertezas e discussões sobre os direitos dos futuros pais nestes casos, que, mesmo tendo feito um contrato legal para a gestação de substituição, com investimento financeiro e emocional no processo, podem se ver em uma situação em que a gestante opta por exercer seu direito de arrependimento e eles não podem exigir a entrega da criança ou mesmo indemnização pelos danos causados. É certo que o direito de arrependimento da gestante representa a proteção à dignidade da pessoa humana e que o contrato de gestação não pode se sobrepor aos direitos fundamentais e à autonomia da gestante, todavia há um desequilíbrio dos direitos e interesses das partes envolvidas ao passo que o exercício de direito de um lado, afeta negativamente o outro lado, cujo objetivo do trabalho científico é analisar a insegurança jurídica causada pelo exercício do direito de arrependimento da gestante. O estudo utiliza uma abordagem qualitativa, examinando as leis portuguesas (como a Lei n.º 32/2006, a Lei n.º 25/2016 e a Lei n.º 90/2021) e decisões do Tribunal Constitucional de Portugal.

Palavras-chave: *Gestação de substituição; Direito de arrependimento; Dignidade da pessoa humana.*

^(*) Artigo produzido na sequência do “I Seminário Luso-Brasileiro de Direitos Reprodutivos”.

^(**) Advogada e Mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas na Universidade de Coimbra. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-0989-3188>. E-mail: uc2024227530@student.uc.pt.

^(***) Advogado e Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Internacional. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7328-7909>. E-mail: Icaro.couto@student.uc.pt.

Abstract: *In Portugal, surrogacy is regulated by Law n.º 32/2006, amended by Law n.º 25/2016 and Law n.º 90/2021, which establish specific rules for this process. This legislation provides a specific legal framework for the practice of surrogacy, permitting it only in exceptional and altruistic cases, particularly when the intended mother cannot conceive for medical reasons. Any form of financial compensation to the surrogate is prohibited, except for the reimbursement of expenses directly related to the pregnancy. Regarding the right of withdrawal in surrogacy, this topic has been subject to legal debate in Portugal, with the Constitutional Court addressing the matter in Decisions n.º 225/2018 and n.º 465/2019. These rulings raised issues concerning the protection of the surrogate mother's fundamental rights, as the irrevocability of her consent was deemed a violation of the principle of human dignity. Consequently, Law n.º 90/2021 sought to align the legislation with the Constitutional Court's guidance. It maintained that beneficiaries may revoke their consent freely only until the commencement of therapeutic processes involving medically assisted reproduction. Regarding the surrogate, in accordance with the Constitutional Court's position, the free revocability of her consent extends until the registration of the child born pursuant to the contract. However, the law does not expressly address the establishment of parentage in cases where the surrogate withdraws her consent, potentially creating ambiguous situations, which constitutes the central issue of this research. Portuguese legislation ensures the surrogate's right to withdrawal as an ethical and legal safeguard, considering the possibility of her developing a profound emotional bond with the child. Nevertheless, uncertainties and disputes persist regarding the rights of the intended parents in such cases. Even after entering into a legal surrogacy agreement and making significant financial and emotional investments, they may find themselves in a situation where the surrogate exercises her right to withdrawal, leaving them unable to demand custody of the child or even compensation for incurred damages. While the surrogate's right to withdrawal reflects the protection of human dignity and the recognition that surrogacy contracts cannot override fundamental rights or the surrogate's autonomy, there is a clear imbalance in the rights and interests of the parties involved. The exercise of one party's rights may*

negatively affect the other party, creating legal insecurity. The objective of this academic work is to analyze the legal qualitative approach, examining Portuguese laws (such as Law No. 32/2006, Law No. 25/2016, and Law No. 90/2021) and decisions from the Constitutional Court of Portugal.

Keywords: *Surrogacy; Right to Withdrawal; Human Dignity.*

1. Introdução

O tema em questão busca um estudo aprofundado da legislação vigente acerca da prática da gestação de substituição em Portugal, também conhecida informalmente como “barriga de aluguel”. Tal prática é considerada uma modalidade de procriação medicamente assistida na qual uma mulher aceita, por livre e espontânea vontade, gestar um filho em benefício de outra pessoa ou casal, chamado(s) de beneficiário(s) na relação contratual.

A prática da gestação de substituição foi regulamentada pela primeira vez em Portugal no ano de 2006, por meio da Lei n.º 32/2006, a qual dispõe as regras e parâmetros inerentes à contratação da gestação de substituição, bem como dispõe quem está apto para ser beneficiário.

Desde a promulgação da Lei n.º 32/2006 e suas subseqüentes modificações pelas Leis n.º 25/2016 e n.º 90/2021, que visam equilibrar os interesses das partes envolvidas e salvaguardar princípios éticos e jurídicos fundamentais, ressalta-se que a regulamentação da gestação de substituição em Portugal vem enfrentando desafios.

No que tange aos desafios, e, entre as questões mais controversas previstas na referida legislação, temos o direito de arrependimento da gestante, que foi consolidado através da modificação legislativa n.º 90/2021, para melhor

atender ao princípio da dignidade humana, conforme bem destacado pelo Tribunal Constitucional Português nos Acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, uma vez que a irrevogabilidade do consentimento da gestante poderia ferir o princípio da dignidade humana.

Por tal razão que as decisões dos Acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019 do Tribunal Constitucional Português foram marcos na evolução da proteção das partes no contrato em questão, vez que precursora no direito de revogação do consentimento da gestante até o registro da criança, ou seja, mesmo após o nascimento, a gestante poderá revogar seu consentimento, sendo possível até o registro da criança.

Nesse sentido, o que se expõe no presente estudo é precisamente uma das lacunas legais significativas que reside no exercício do direito de revogação por parte da gestante, sobretudo no que tange aos direitos e interesses dos futuros pais, que, ao formalizarem um contrato de gestação de substituição, assumem consideráveis investimentos financeiros e principalmente emocionais.

O equilíbrio entre os direitos fundamentais da mulher gestante, baseados na proteção de sua autonomia e dignidade humana, e os interesses dos beneficiários, que também possuem legítimas expectativas na concretização do acordo, é um dos principais desafios dessa prática contratual.

Essa tensão revela a necessidade de uma análise alargada sobre a insegurança jurídica gerada pelo exercício do direito de arrendamento à gestante, que hoje é exercido sem quaisquer ônus, precisamente sem quaisquer possibilidades de indenizações aos beneficiários que tiveram suas expectativas frustradas, no contexto da gestação de substituição em Portugal.

Conforme será abordado de maneira qualitativa adiante, com uma análise crítica às legislações aplicáveis, devemos nos atentar, especificamente, aos impactos causados no contexto do exercício de um direito sobre todas as partes envolvidas no contrato em questão. Cujo objetivo central é promover um contributo para o debate de possíveis ajustes normativos que promovam maior equilíbrio e segurança às partes envolvidas.

2. Quadro Jurídico da Gestação de Substitui o em Portugal

Inicialmente, destaca-se que a prática da gesta o de substitui o em Portugal   uma questão legislativa recente, inserida no contexto da Procria o Medicamente Assistida (PMA), cuja evolu o reflete debates éticos, sociais e jurídicos.

  cediço que a Lei da Procria o Medicamente Assistida teve seu início em Portugal no ano de 2006, com a Lei n.  32/2006, sendo que inicialmente, a gesta o de substitui o era proibida no país, sendo vedada a possibilidade de uma mulher gestar um filho para *outrem*.

No entanto, no ano de 2016 com a Lei n.  25/2016, foram introduzidas alterações significativas na Lei n.  32/2006, permitindo de forma limitada¹, a gesta o de substitui o². No-

¹ Segundo Diana Coutinho, in *Breves Considerações Sobre o Modelo Português de Gesta o de Substitui o   Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, [https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.15], p. 350, “o modelo portugu s continua a fundar-se no cariz altruísta de uma mulher que aceita ser gestante de substitui o, sendo proibido celebrar contratos de gesta o de substitui o quando exista uma relação de subordinação econ mica entre os beneficiários e a gestante. Além disso, apenas se admite a prática da gesta o de substitui o gestacional e exige-se a contribuição de material genético de pelo menos um dos beneficiários. Quanto   gestante a Lei vem dar preferência   mulher que já tenha sido mãe, o que constituiu um elemento que poderá ser importante no decurso de todo o processo.”

² *Ibidem*, p. 335, “A gesta o de substitui o não   uma técnica

meadamente, no artigo 8.º da referida legislação que foi introduzida a gestação de substituição.

Com a alteração advinda da Lei n.º 25/2016, na Lei n.º 32/2006, é que foi admitida a prática de gestação de substituição no ordenamento jurídico português, sendo certo que o recurso à gestação de substituição somente é permitido de maneira excepcional⁽³⁾, gratuito e desde que haja recurso aos gâmetas de pelo menos um dos beneficiários, não podendo, em qualquer hipótese, haver contribuição de material genético da própria gestante. Bem como, a celebração do contrato estava dependente de autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA).

Destaca-se que a prática foi autorizada apenas em situações específicas, como em casos de mulheres com ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça a gestação⁽⁴⁾, sendo proibida para outras finalidades, como por conveniência pessoal ou comercialização⁽⁵⁾.

ca de procriação medicamente assistida, embora a sua regulamentação esteja inserida precisamente na Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), conforme veremos melhor infra. Em geral, as técnicas de PMA têm como função auxiliar o processo de reprodução humana (sobretudo em virtude de infertilidade), evitar a transmissão de doenças genéticas ou o tratamento de doença grave. Embora a prática (legal) de gestação de substituição implique o recurso a uma técnica de PMA, estamos perante situações distintas. No caso das técnicas de PMA, a mulher que recorre às técnicas é aquela que vai gerar no seu útero e dar à luz (está a realizar o seu projeto parental). Por seu turno, na gestação de substituição, as técnicas apenas são usadas para conceber um embrião criado com material biológico dos beneficiários (dos dois; de apenas um deles com material biológico doado) ou embrião doado e transferi-lo para o útero da gestante, sendo que esta pretende ajudar os beneficiários a realizarem o seu projeto parental.

³ Art. 8.º da Lei n.º 32/2006.

⁴ Conforme previsto no art. 1.º da Lei n.º 25/2016: “A presente lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 59/2007, de 4 de setembro, e 17/2016, de 20 de junho”.

⁵ A respeito, ressalta-se a reflexão citada no Acórdão do Tribunal

Ainda, destaca-se que desde a primeira alteração significativa, qual seja alteração legislativa n.º 17/2016, o critério da subsidiariedade das técnicas de PMA deixou de ser a regra, pois com a inserção do n.º 3, art. 4.º, na Lei n.º 32/2006, ficou previsto que “As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.”.

Todavia o próprio art. 4.º, da Lei n.º 32/2006, é contraditório, ao passo que no n.º 3 supramencionado dispõe que todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade podem socorrer-se às técnicas de PMA, entretanto, no n.º 1 deste mesmo artigo, diz-se que “As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação.”.

Nesse sentido, indubitável a existência desta contradição na disposição da gestação de substituição como técnica de PMA, a qual necessita de maior atenção para modificação legislativa neste ponto da subsidiariedade, também.

No que tange à evolução do quadro jurídico da gestação de substituição em Portugal, é cediço que no ano de 2018 o Tribunal Constitucional Português considerou algumas disposições da lei, como inconstitucionais, particularmente no que se referia a impossibilidade de a gestante exercer o direito de revogar o consentimento concedido no início dos procedimentos.

O Tribunal Constitucional se pronunciou sobre esse e outros pontos que necessitavam de

Constitucional n.º 225/2018: “Cabe aqui referir *Emanuel Kant*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio. (...) No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

atenção para elaboração dos contratos de gestação de substituição, nomeadamente nos Acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, levando questões sobre a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas. Nesse contexto, o Tribunal considerou que a impossibilidade de a gestante revogar o seu consentimento, seria contrário ao seu direito ao desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação, previstos na Constituição da República Portuguesa.

O Acórdão n.º 465/2019 do Tribunal Constitucional decidiu que as normas que impediam a gestante de substituição de revogar o seu consentimento após o início dos procedimentos de procriação medicamente assistida eram inconstitucionais, e, portanto, estariam violando as normas de direito ao desenvolvimento da personalidade, princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de constituir família. Tal decisão reforçou que a gestante de substituição deveria ter o direito de revogar o consentimento até o momento da entrega da criança, protegendo assim os seus direitos fundamentais.

Apesar destes debates, a Lei n.º 90/2021 procurou ajustar a legislação às indicações do Tribunal Constitucional, mas manteve a posição de que o consentimento é irrevogável após a transferência do embrião. A lei prevê mecanismos de apoio e acompanhamento psicológico para a gestante de substituição, tanto antes como durante o processo, visando assegurar que a decisão seja tomada de forma consciente e informada.

No mais, destaca-se que até 2016 a lei dizia que os beneficiários somente poderiam revogar o consentimento até o início dos procedimentos terapêuticos, e posteriormente, a mesma dispo-

sição de lei alargava essa mesma regra também à gestante de substituição.

O Acórdão Tribunal Constitucional n.º 465/2019 tratou de um projeto de lei sem prosseguimento, que analisou preventivamente a inconstitucionalidade do conteúdo do contrato da gestante de substituição e esqueceu-se de alterar a questão da revogação do consentimento até o início dos processos terapêuticos.

Avançando, temos a Lei n.º 90/2021 que veio, finalmente, alterar a regra da revogação do consentimento, e permitir a revogação da gestante até o momento do registro da criança nascida, introduzido no art. 8.º, n.º 10, da Lei n.º 32/2006.

Em suma, apesar destes debates, a Lei n.º 90/2021 procurou ajustar a legislação às indicações do Tribunal Constitucional, sempre priorizando a dignidade humana da gestante, entretanto, ao nosso ver, a ausência de um ônus na hipótese legal da revogabilidade da gestante, ocasiona em desamparo aos beneficiários que inevitavelmente estarão frustrados e muitas vezes, na pior das hipóteses, com a possibilidade de não haver embriões restantes para outras tentativas.

Assim, os beneficiários encontram-se numa situação de impotência, incapazes de concretizar o desejo de gerar um filho, tendo depositado todas as suas expectativas num contrato de gestação de substituição que não se concretizou devido ao exercício regular do direito de arrependimento por parte da gestante.

Isto porque a ausência de quaisquer ônus atribuídos à gestante em razão desse arrependimento contribui, por sua vez, para um cenário de insegurança jurídica para os beneficiários.

3. Da (In)Segurança Jurídica ao Regular Direito de Arrependimento sem Quaisquer Ônus

É cediço que a Lei de PMA n.º 32/2006, que regulamenta sobre a prática da gestação de substituição, prevê mecanismos de apoio e acompanhamento psicológico para a gestante de substituição, tanto antes como durante o processo, visando assegurar que a decisão seja tomada de forma consciente.

No contexto da gestação de substituição, o direito de arrependimento da gestante mesmo após o parto, está presente para garantir a proteção da autonomia e dos direitos reprodutivos da mulher que aceitou gestar o filho para outra pessoa ou casal⁽⁶⁾.

A legislação portuguesa assegura esse direito ao arrependimento como uma salvaguarda ética e jurídica, já que, no decorrer da gravidez, a gestante pode desenvolver um vínculo emocional profundo com o bebê. Assim, a lei estabelece que, mesmo que exista um contrato firmado entre a gestante e os futuros pais, a gestante tem a prerrogativa de revogar⁽⁷⁾ e optar por não entregar a criança ao final da gestação, uma vez que o contrato não pode privar a mulher gestante de seus direitos constitucionais fundamentais.

Esse ponto, no entanto, gera incertezas e discussões sobre os direitos dos futuros pais, que, mesmo tendo feito um contrato legal para

a gestação de substituição, podem se ver em uma situação em que a gestante opta por exercer seu direito de arrependimento. Embora o contrato seja um instrumento que pretende estabelecer segurança jurídica, ele não pode violar o princípio de proteção à dignidade humana e à autonomia da mulher, o que torna o direito de arrependimento um tema central nos debates sobre a adequação e os limites da legislação portuguesa.

Em termos práticos, o exercício desse direito pode gerar uma série de implicações jurídicas e emocionais, tanto para a gestante quanto para os beneficiários, uma vez que o direito de arrependimento representa uma tentativa da legislação de equilibrar os direitos e interesses das partes envolvidas, também levanta questões sobre o impacto que isso pode ter sobre as expectativas dos futuros pais e sobre a criança em questão.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) supervisiona os procedimentos, garantindo que as práticas sejam realizadas dentro do quadro ético e legal. Nesse sentido, destaca-se a sugestão de alteração legislativa na Lei n.º 90/2021, promovida pelo CNPMA no Parecer referente ao anteprojeto de diploma regulamentar de maio de 2022:

Depois do artigo 4.º introdução de um novo artigo

Declaração negocial

1. As declarações negociais das partes manifestadas no contrato de gestação de substituição são denunciáveis até à concretização da transferência do embrião.
2. Em caso de denúncia pela gestante de substituição, nos termos do número anterior, a mesma reembolsará a contraparte das despesas efetuadas com as

⁶ A respeito do tema, Diana Coutinho in *Breves Considerações Sobre o Modelo Português de Gestão de Substituição à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, [https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.15], p. 352: “Numa decisão fortemente marcada pela preocupação com os direitos da gestante e o superior interesse da criança, o TC reconheceu o direito fundamental ao livre desenvolvimento da gestante de substituição como liberdade de ação da sua personalidade.”

⁷ Acerca da livre revogação da gestante, destaca-se que pode ocorrer apenas até o registro da criança nascida.

- consultas necessárias, exames de diagnóstico e terapêuticas determinadas pelo médico assistente.
3. Se, por sua iniciativa, a gestante proceder à interrupção voluntária da gravidez ou, existindo indicação médica para a fazer, a gestante se recusar, tem de indemnizar a contraparte nos termos gerais da responsabilidade civil.
 4. Se a gestante não proceder à entrega da criança nascida do recurso à gestação de substituição, tem de indemnizar a contraparte nos termos gerais da responsabilidade civil.

Nota-se que o próprio CNPMA entende como crucial estabelecer equilíbrio entre as vontades e direitos das partes relacionadas ao contrato de responsabilidade bilateral em questão, uma vez que essa sugestão supramencionada regula as questões relacionadas à possibilidade de rescisão unilateral do contrato de gestação de substituição e as consequências legais dessa rescisão por parte de quem a fizer.

Estabelece que tanto a gestante quanto os beneficiários podem desistir do contrato até à realização da transferência do embrião, no entanto, caso a denúncia seja feita pela gestante, como aqui se discute, ela deve reembolsar as despesas médicas realizadas até esse ponto.

Além disso, o artigo sugerido pelo CNPMA prevê a obrigação de indenização caso a gestante não entregue a criança após o nascimento, reforçando a proteção jurídica dos beneficiários em tais situações. Sendo certo que tais disposições buscam garantir o equilíbrio entre a autonomia da gestante e os direitos dos beneficiários, enquanto regulam as consequências de comporta-

mentos que possam desprezar as expectativas legítimas das partes.

Ressalta-se que, com o presente estudo não se propõe a retirada do exercício ao direito de a gestante exercer o arrependimento após o nascimento da criança, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional, a questão central que se coloca é: em que momento os tribunais passarão a considerar a posição dos beneficiários diante da profunda frustração decorrente do exercício desse direito pela gestante?

Importa destacar que, à luz dos princípios gerais de responsabilidade civil estabelecidos no Código Civil Português, a gestante não infringe diretamente as normas contratuais ao exercer o seu direito de arrependimento dentro do prazo legal. Contudo, tal exercício contraria o compromisso assumido no início dos procedimentos terapêuticos, gerando impactos emocionais significativos — e, possivelmente, irreversíveis — na vida do casal beneficiário.

É imprescindível que o casal beneficiário também receba proteção legislativa no que diz respeito ao seu direito de constituir família. A formulação contratual deve assegurar um equilíbrio justo entre os direitos e obrigações das partes envolvidas, evitando que o exercício de um direito por uma das partes resulte no completo desamparo da outra.

Além disso, permanece pendente a resolução de questões fundamentais relacionadas ao estabelecimento da filiação da criança na eventualidade do exercício do direito de arrependimento pela gestante. A legislação não fornece diretrizes claras sobre como compatibilizar esse direito com as normas de filiação, tampouco especifica os procedimentos a serem seguidos para o registo da criança nesse contexto. Tal lacuna

normativa representa um ponto crítico que exige atenção urgente do legislador.

A Lei n.º 90/2021, embora tenha abordado alguns pontos relevantes relativos ao contrato de gestação de substituição, conforme orientado pelo Tribunal Constitucional, ainda apresenta lacunas significativas quanto à regulamentação dos direitos e obrigações decorrentes, especialmente no que diz respeito ao futuro da criança nascida e à possibilidade de reparação por danos materiais e morais ao casal beneficiário, caso a gestante venha a exercer o direito ao arrependimento.

Sob nossa análise, ainda que nenhuma compensação por danos morais possa, de fato, mitigar integralmente o sofrimento causado pela frustração da expectativa de ter um filho e constituir uma família, é fundamental determinar um quantum indenizatório proporcional à gravidade da situação. Por exemplo, em casos em que o casal beneficiário não possua mais embriões disponíveis para novas tentativas de procriação medicamente assistida (PMA), o impacto moral e emocional seria significativamente mais grave em comparação com casos onde ainda existam possibilidades de novas tentativas, seja através de outros embriões ou de métodos alternativos de PMA.

Ainda, é certo que o interesse contratual negativo⁽⁸⁾ nunca seria atendido à contento, uma vez que “a indemnização pelo interesse contratual negativo diz respeito aos prejuízos sofridos

pelo facto de se ter celebrado o contrato e visa colocar o contraente adimplente na situação em que estaria se não tivesse celebrado o contrato”⁽⁹⁾, pois o sofrimento ocasionado pelo arrependimento da gestante de entregar à criança, terá um abalo psicológico quase que irreparável.

Nesse sentido, devemos ter atenção à Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 26.º, o qual protege o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, pois o arrependimento da gestante após o nascimento da criança, claramente irá frustrar a realização do projeto parental do casal beneficiário, causando danos emocionais significativos (muitas vezes irreversíveis), violando a expectativa legítima de concretização de um direito fundamental: a constituição da família (artigo 36.º da CRP). Sendo certo que, ao ser frustrado por culpa da gestante, seja por arrependimento, seja por escolha do aborto, deve resultar em minimamente uma compensação pelos danos morais causados ao casal beneficiário, bem como compensação pelos danos materiais no tocante às despesas inerentes à gestação e chegada da criança no lar.

Defendemos o posicionamento nos termos do artigo 483.º do Código Civil, no sentido que aquele que, com dolo ou negligência, violar direitos ou causar prejuízos a *outrem* fica obrigado a repará-los. Veja-se que o arrependimento da gestante após o nascimento da criança pode ser entendido como uma violação do contrato de gestação de substituição e uma conduta geradora de prejuízo emocional grave aos beneficiários, configurando um nítido dano moral.

⁸ Explica-se que o interesse contratual negativo tem raízes no princípio da boa-fé e no dever de confiança no direito civil, podendo ser fundamentado, entre outros, no artigo 227.º do Código Civil Português, que trata da responsabilidade pré-contratual. Este artigo estabelece no n.º 1 que: “Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

⁹ Acórdão Tribunal da Relação do Porto n.º 4423/20.0T8MTS. P1 de 19/12/2023.

Isso porque a Lei n.º 32/2006, na redação atual, e a Lei n.º 90/2021 estabelecem a possibilidade de arrependimento da gestante, mas não detalham as consequências jurídicas deste ato após o nascimento. O contrato de gestação de substituição gera expectativas legítimas e direitos recíprocos entre as partes, especialmente quanto à entrega da criança aos beneficiários, razão pela qual a frustração dessa obrigação deve gerar responsabilidade civil por danos não patrimoniais.

Pois, o arrependimento injustificado da gestante pode provocar angústia emocional, humilhação e sofrimento psicológico aos beneficiários, que planejam a parentalidade e investiram emocionalmente e financeiramente no processo.

O dano moral visa compensar o casal beneficiário pela dor emocional e o abalo psicológico causados pela quebra da confiança e pela frustração de expectativas legítimas. Essa reparação não tem caráter punitivo, mas compensatório, assegurando justiça e equilíbrio entre as partes.

4. Conclusão

A regulamentação da gestação de substituição em Portugal, especialmente com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2021, trouxe avanços significativos no reconhecimento dos direitos fundamentais da gestante e no alinhamento com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a autonomia reprodutiva. Contudo, permanece evidente a existência de lacunas jurídicas que impactam tanto os direitos da gestante quanto as legítimas expectativas dos beneficiários, gerando uma situação de insegurança jurídica.

O direito de arrependimento da gestante,

embora eticamente defensável, especialmente à luz da proteção à sua autonomia e do vínculo emocional que pode desenvolver com a criança, necessita de regulamentações mais precisas. Pois, a ausência de compensação de danos morais aos beneficiários, caso o arrependimento da gestante seja exercido livremente, compromete o equilíbrio entre as partes envolvidas, vez que resultará em danos emocionais irreparáveis aos beneficiários, futuros pais até então.

Defendemos que o ordenamento jurídico português deve buscar soluções normativas que contemplem a proteção dos beneficiários, sem violar os direitos fundamentais da gestante. O estabelecimento de critérios objetivos para a reparação de danos, com base nos princípios de responsabilidade civil previstos no Código Civil Português, é uma alternativa viável para mitigar os impactos da frustração do contrato de gestação de substituição.

Por fim, o presente estudo ressalta a necessidade de contínuo debate legislativo e jurídico sobre a matéria, promovendo ajustes normativos que assegurem proteção a todas as partes envolvidas no contrato de gestação de substituição, uma vez que até o presente momento, tais questões permanecem inertes, com muitas lacunas na legislação.

Tanto os direitos da gestante quanto os dos beneficiários e o melhor interesse da criança nascida sob essa modalidade de gestação de substituição merecem atenção para o maior respeito e equilíbrio contratual, em que pese tratar-se de interesses tão sensíveis de dignidade humana cabível ao Estado total amparo jurídico e social.

E portanto, concluímos que o exercício regular do arrependimento por parte da gestante após o nascimento da criança resultado de uma

gestação de substituição, deve ser acompanhado de indenização por dano moral, vez que causará prejuízos – muitas vezes irreversíveis – ao casal beneficiário.

5. Referências Bibliográficas

- ANTUNES, Maria João e SILVESTRE, Margarida, in “*Que Futuro para Gestão de Substituição em Portugal?*”, 2018, Colóquio Internacional realizado em 22 de junho de 2018, Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/102823/1/Livro%20completo%20-%20Que%20futuro%20para%20a%20gestac%20-%20a7a%20cc%83o%20de%20substituic%20-%20a7a%20cc%83o%20em%20Portugal.pdf>>.
- COUTINHO, Diana, in “*Breves Considerações Sobre o Modelo Português de Gestão de Substituição à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*”, Disponível em: <<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.15>>.
- COUTINHO, Diana, in “*As problemáticas e os desafios contemporâneos em torno da gestão de substituição*”, 2022, Tese de Doutoramento, Editora Almedina, ISBN: 9789894003274.

NOVAIS, Jorge Reis, in “*A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I – Dignidade e Direitos Fundamentais*”, 2018, 2ª Edição – Reimpressão 2020, Editora Almedina, ISBN: 9789724075914.

PARECER CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida). Referente Ao Anteprojeto De Diploma Regulamentar Da Lei N.º 90/2021, de 16 de dezembro. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/PublishingImages/Paginas/Pareceres/Parecer%20GS_maio22.pdf>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 225/2018, de 28 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>>. Acesso em: 04 jan. 2025.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 465/2019, de 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>>. Acesso em: 04 jan. 2025.

ANÁLISE FRANCO-BRASILEIRA DA RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO PLÁSTICO (*)

Ingrid Vitória Secco Dameão (**) · Tuane Virginia Tonon (***)

Resumo: *Desde a antiguidade muito se discute sobre a responsabilidade atinente a prestação de serviços envolvendo atividade médica, desenvolvida por profissional com amplo conhecimento científico cuja entrega da obrigação se perfaz de forma personalíssima.*

Entretanto, na relação estabelecida entre paciente e médico cirurgião plástico, sobretudo quando na exposição a procedimento que não envolve o reestabelecimento da saúde, mas sim melhoria de condições meramente estéticas, outras questões complementares devem ser exploradas, a saber: a autonomia do paciente para exposição a risco cirúrgico desnecessário, a relação jurídica firmada entre profissional e paciente, o objeto contratado e, por fim, a delimitação do conceito de inadimplemento. Tem-se, por necessário, o estudo do fato jurídico que se inicia a partir da contratação até ulterior adimplemento da obrigação, ainda que no percurso de um ponto a outro se sobreponha a existência de intercorrência proveniente da reação fisiológica do paciente, urgindo a discussão acerca da autonomia daquele

que aceita ser submetido a risco cirúrgico desassociado de qualquer necessidade para reestabelecimento da saúde, assumindo, assim, eventual risco. Levanta-se a discussão do elemento álea atrelado à diligência do profissional, questionando-se se o objeto da contratação guarda maior relação com a diligência do serviço prestado ou ao resultado esperado pelo paciente, muitas vezes fruto de expectativas infundadas. Diante desta construção, surge a crítica à dicotomia persistente entre a obrigação de meio e obrigação de resultado, sugerindo-se, portanto, uma interpretação mitigada de ambos os conceitos para o tratamento do objeto deste estudo. Em paralelo à constatação até aqui apresentada, com a evolução científica estabelecida na França, país paradigma na discussão envolvendo a responsabilidade médica, o qual será, portanto, utilizado em comparação com o Brasil, cruzando as conclusões antagônicas para, ao final, demonstrar a conclusão pela ineficiência dos conceitos existentes.

Palavras-chave: *responsabilidade médica, cirurgia plástica, autonomia do paciente, obrigação de meio, obrigação de resultado, França, Brasil.*

Abstract: *Since antiquity, there has been much discussion about the liability associated with the provision of services involving medical activity, developed by a professional with extensive scientific knowledge whose delivery of the obligation is carried out in a very personal way. However, in the relationship established between a patient and a plastic surgeon, especially when exposed to a procedure that does not involve restoring health, but rather improving merely aesthetic conditions, other complementary issues must be explored, namely: the patient's autonomy to be exposed to unnecessary surgical risk, the legal relationship signed between professional and patient, the contracted object and, finally, the delimitation of the concept of default.*

(*) Artigo produzido na sequência da participação das autoras no III Congresso Internacional de Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidade Civil realizado pela Cátedra de Derecho Notarial da la Universidad de Alicante, Espanha.

(**) Advogada. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduanda em Direito Médico e Bioética pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Mestranda em Direito Médico e da Saúde pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito de Saúde e Sanitário da Universidade Santo Amaro (UNISA). Vice-presidente da Comissão Nacional de Responsabilidade Civil da Associação Brasileira de Advogados (ABA).

(***) Advogada. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Universidade de São Paulo (USP-Ribeirão). Especialista em Arbitragem (FGV). Mestranda em Direito Médico e Sanitário pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Pesquisadora do grupo de pesquisa de Direito Médico e da Saúde pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Pesquisadora do grupo de Direito de Trabalho Souto Maior (USP - São Paulo). Membro da Comissão Nacional de Responsabilidade Civil da Associação Brasileira de Advogados (ABA).

It is necessary to study the legal fact that begins from the time of contracting until the subsequent fulfillment of the obligation, even if on the way from one point to another the existence of an intercurrent arising from the patient's physiological reaction overlaps, prompting discussion about the autonomy of those who agree to be subjected to a surgical risk disassociated from any need to re-establish their health, thus assuming any risk. A discussion arises about the element of chance linked to the diligence of the professional, questioning whether the object of the contract is more related to the diligence of the service provided or to the end result expected by the patient, often the result of unfounded expectations. In view of this construction, criticism arises of the persistent dichotomy between the obligation of means and the obligation of result, and a mitigated interpretation of both concepts is therefore suggested for the treatment of the subject of this study. In parallel to the findings presented so far, with the scientific evolution established in France, the paradigm country is used as a reference in the discussion involving medical liability and, therefore, will be used in comparison with Brazil, crossing the antagonistic conclusions to, in the end, demonstrate the conclusion of the inefficiency of the existing concepts.

Keywords: *medical liability, plastic surgeon, patient autonomy, obligation of means, obligation of result, France, Brazil.*

1. Introdução

O exercício da medicina, em decorrência do alto grau de pesquisa e conhecimento científico específico, atrai a oferta de uma atividade profissional de natureza personalíssima. Assim, diante da confiança que a sociedade deposita nos médicos, há muito se discute a natureza jurídica da relação existente entre médico e paciente, interpretando-a a partir da lógica da responsabilização.

Ocorre que a biologia comprova que os resultados pretendidos nem sempre são atingidos, e isto deriva de fatores que não guardam qualquer relação direta com a diligência do

profissional médico, resultando, portanto, de uma resposta fisiológica do paciente enfermo, submetido a risco pela presença de condição de saúde comprometida.

Entretanto, ao tratar da temática em frente à cirurgia plástica com finalidade meramente estética, há de se observar a inexistência de risco anterior à tomada de decisão por um ato cirúrgico, culminando, assim, em exposição pela vontade dos envolvidos. Aqui, não se discute a recuperação da saúde, mas a busca incessante por melhores condições estéticas, de natureza subjetiva.

De toda sorte, a diligência aplicada pelo profissional de saúde deve ser analisada em confronto com a aderência do paciente, de forma consciente, aos riscos expostos. Neste paralelo entre a intenção do paciente e a diligência aplicada pelo profissional, optou-se pelo recorte de estudo comparativo em virtude do pioneirismo da França na discussão acerca da responsabilidade médica, servindo como base para crítica à dicotomia entre conceito de obrigação de meio e obrigação de resultado.

Destaca-se, por oportuno, que impossível tratar de direito das obrigações sem estudar o francês René Demogue, que em sua obra clássica *Droit des Obligations* explorou as obrigações e responsabilidades.

Assim, neste artigo, haverá uma abordagem metodológica que se implementará a partir da análise qualitativa, consubstanciada na pesquisa jurídica e doutrinária, com ênfase comparativa das decisões judiciais recentes dos países cotejados. As fontes teóricas utilizadas serão, basicamente, legislação, doutrina especializada e jurisprudências.

Inicialmente, o leitor será inserido no universo da responsabilidade civil dentro de uma perspec-

tiva histórica, reconhecendo momentos relevantes para análise da responsabilidade do médico.

Em seguida, adentrar-se-á ao universo da cirurgia plástica com finalidade estética, e a deliberação dos envolvidos para a submissão de riscos provenientes do procedimento cirúrgico, somando-se a necessidade de estudo da diligência do profissional.

A partir destes embasamentos, poder-se-á discutir a dicotomia meio e resultado com maior segurança, observando a comparação entre a França, país que há tempos superou essa discussão e o Brasil, que ainda caminha em vasta interpretação jurídica e doutrinária.

2. Breve histórico da evolução da responsabilidade médica

Antes de adentrar ao mérito da discussão, é importante pontuar, ainda que de forma breve e superficial, a evolução da responsabilidade do Médico ao longo da história, com o propósito de que, ao final do estudo, sejam confrontadas as condições sociais desde a sua implementação até a presente data, como elemento essencial à crítica apresentada.

Isto porque apenas com essa consciência é que se pode compreender as diferentes percepções da culpa, partindo de uma fase em que este elemento não era um fator relevante, passando para uma segunda fase em que foi tida como ponto central da discussão e, em seguida, uma terceira fase em que restou mitigada.

Historicamente, o médico passou a assumir responsabilidade por seus atos desde o momento em que deixou de estar intimamente atrelado ao curandeirismo proveniente do misticismo religioso e a medicina passou a ser compreendida como ciência capaz de aliviar a dor humana.

Daí que já na Antiguidade, o Código de Hamurabi previa penas e prêmios aos médicos que através de seus préstimos salvasse ou causasse lesões corporais aos pacientes atendidos, hipótese que era implementado o talionismo em desfavor do profissional. Entretanto, com a ascensão do direito canônico e a inaceitabilidade da prática do talionismo, houve afastamento das previsões legais e responsabilidades pelos atos médicos e, como consequência, legitimou descrédito e abusos por parte dos profissionais.

Diante dos abusos e imperfeições técnicas, surge, no Renascimento, uma ascensão da ciência e, assim, da medicina, com implementação de regras específicas de atuação destes profissionais, associada a uma cultura crítica que ascendeu questionamentos acerca de negligência e imprudência dos profissionais.

Já por volta do fim do Século XIX e começo do Século XX, com a Revolução Industrial, houve uma maior profissionalização da medicina, com surgimento de novas tecnologias e técnicas e, em decorrência disto, aumentou a regulamentação já existente. Ocorre que neste mesmo cenário, René Demogue⁽¹⁾, com base nos elementos sociais vigentes à época, discutiu a obrigação de resultado a partir das necessidades provenientes da indústria em desenvolvimento, posto que qualquer irregularidade certamente seria aplicada em decorrência da falta de diligência empregada na atividade.

Trata-se do fenômeno na objetivação, que tornou o elemento da culpa prescindível para a responsabilização civil, sendo impresso única e exclusivamente a partir da ocorrência de um dano.

¹ Um dos principais representantes da Escola do Direito Social, tratou em sua obra “*Traité des obligations en general*” das obrigações jurídicas atreladas aos aspectos sociais.

Este contexto se faz necessário para vislumbrar a distância estabelecida entre o ponto inicial do presente estudo e a origem histórica da responsabilidade objetiva, atualmente atribuída aos estabelecimentos de saúde, por ser esta completamente desassociada dos elementos pretéritos que geraram a construção atualmente presente na sociedade, sendo esta relacionada a atividades que sofrem, em sua essência, qualquer alteração a partir de fatores adversos à prática diligente da obrigação assumida.

Assim, é de se observar que a análise da culpa do médico atrai uma discussão científica e deontológica em razão da natureza peculiar da atividade exercida. Historicamente, a responsabilidade civil proveniente de ato médico já foi muito debatida na evolução da humanidade, mas jamais esgotada.

3. Das especificidades da Cirurgia Plástica com finalidade estética e as delimitações da responsabilidade no Brasil

O direito visa regulamentar relações sociais, através de um sistema positivado, que prevê situações subjetivas e, quando chamado à ordem, aplica sua normatividade aos casos concretos.

Essa premissa introdutória ao estudo do direito levanta o questionamento das disposições médicas positivadas e sua aplicabilidade às relações jurídicas: “como se situam os sujeitos em face do sistema das normas jurídicas?”⁽²⁾.

As regras jurídicas têm, como seus destinatários, sempre as pessoas que compõe a sociedade. Resta, agora, esclarecer em que consiste essa possibilidade que têm as pessoas físicas e jurídicas de ser, de pretender, ou de agir com referência ao sistema de regras

jurídicas em um determinado País. É este o problema do direito subjetivo, ou, mais amplamente, das *situações subjetivas*.

Costuma-se ligar o conceito de direito subjetivo a uma antiga distinção, de origem latina, entre *facultas agendi* e *norma agendi*, no sentido de que a regra jurídica delimita objetivamente o campo social dentro do qual é *facultado* ao sujeito da relação pretender ou fazer aquilo que a norma lhe atribui⁽³⁾.

Assim, para o debate objeto deste estudo, é fundamental a análise do dever-legal do profissional, insculpido a partir da análise deontológica das normas que disciplinam a prática médica.

Conceituando a responsabilidade civil, Maria Helena Diniz⁽⁴⁾ define que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita a existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

Para além dos conceitos acima tratados, há de se observar que a doutrina clássica distingue as obrigações com base no comportamento esperado do devedor. Tem-se, assim, que no âmbito da cirurgia estética, muitas vezes se invoca a expectativa de resultado, atraindo, deste modo, a discussão.

Destaca-se, por oportuno, que no âmbito do direito médico, a regra geral é que os profissionais mantenham a responsabilidade de meio, justamente em decorrência da imprevisibilidade

³ Idem.

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50

² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. Editora Saraiva, 2004, p. 249.

de orgânica, variáveis que escapam ao controle do profissional. Contudo, ao tratar de cirurgia plástica estética, a interpretação desta matéria é polêmica dada a exposição a risco deliberada pelo paciente e pelo profissional médico.

Giostrì⁽⁵⁾, ao citar posicionamento do René Demogue, assim destaca:

Todavia, pode-se já inferir que Demogue nunca previu que a obrigação de resultado deveria caracterizar uma prestação obrigacional no campo da cirurgia plástica estética e da anesthesiologia, até porque, tanto uma quanto a outra eram áreas de especialidade completamente incipientes em seu tempo ou, pelo menos, não tinham a mais remota possibilidade de serem comparadas ao perfil que hoje ostentam, como especialidades não só de destaque, mas imprescindíveis.

Conforme ensina Miguel Kfourì Neto⁽⁶⁾,

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O dever tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

Em entendimento contrário, o doutrinador civilista Carlos Roberto Gonçalves⁽⁷⁾ defende que a responsabilidade do cirurgião plástico é proveniente de uma obrigação de resultado. Entretanto, menciona posicionamento de Juarez Moraes Avelar, que defende que “a existência de componentes psicológicos que podem interferir decisivamente nas reações orgânicas dos pacientes, bem como uma série de outros fatores, como a conduta pós-operatória individual”, continua,

ainda, destacando o posicionamento do autor de que “a cirurgia plástica é uma especialidade, como as demais áreas da medicina, exposta às reações imprevisíveis do organismo humano e indesejadas consequências, sendo justo e humano considera-la obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado.”

4. O elemento “álea” na cirurgia estética

O conceito do elemento álea exsurge da conclusão de que o cumprimento da obrigação do cirurgião desenvolve a partir de uma zona aleatória – corpo humano. Desta forma, considerando a imprevisibilidade das reações fisiológicas do organismo humano, é impossível que o médico reconheça a possibilidade de atingir determinado resultado.

Ao tratar da responsabilidade médica, Giostrì⁽⁸⁾ destaca que:

No que diz respeito à atividade médica, porém, entende-se que o fator álea é o maior divisor de águas e o mais claro demonstrativo – não só da diferenciação entre as duas categorias de obrigações -, como da inadequação do uso da obrigação de resultado em searas plenas daquele fator.

Determinante para que o profissional realize suas atividades efetuando a entrega de todo o seu conhecimento adquirido, com a diligência necessária para evitar danos ao paciente, o elemento álea impede a presunção de culpa do cirurgião.

Enquanto no Brasil o elemento álea é quase que ignorado, na doutrina e jurisprudência Francesa é um determinante para a apuração de responsabilidade do profissional de saúde.

⁵ GIOSTRÌ, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2011. 1ª edição. p. 117

⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 75.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 246

⁸ GIOSTRÌ, Hildegard Taggesell. Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2011. 1ª edição. p. 138

Importante retomar na evolução histórico-dialética da responsabilidade civil, de forma a observar que o direito francês, fruto dos ideais românicos, estabeleceu os primórdios do instituto da responsabilidade civil: estabeleceu princípios de reparação de dano a partir da comprovação da culpa⁽⁹⁾.

5. Uma crítica à dicotomia entre conceito de obrigação de meio e obrigação de resultado

No campo profissional, a responsabilidade é constatada como consequência de sua atuação dentro dos comportamentos éticos e seus conhecimentos técnicos específicos para o exercício da profissão. Urge daí a necessidade de se observar que latente a impossibilidade de qualquer profissional, por mais capacitado que seja, prever o resultado atingido por um procedimento que dependa de respostas orgânicas e peculiares ao indivíduo, da mesma forma como impossível que este mesmo profissional faça entregas idênticas em procedimentos expostos a pacientes distintos.

Explicando a responsabilidade civil, Marcelo Benacchio⁽¹⁰⁾, em sua obra *A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil*, enfatiza que “o Direito tem por finalidade a ordenação dos comportamentos das pessoas na sociedade, ou seja, enquanto fenômeno social pretende normatizar condutas em conformidade aos valores sociais constantes do sistema jurídico.”

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8

¹⁰ BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

E exatamente no caso em estudo, verifica-se um amplo debate acerca da responsabilidade civil do profissional de saúde em procedimentos estéticos e embelezadores, havendo de um lado uma corrente que defende que a responsabilidade é pela entrega do resultado e outra corrente que defende a responsabilidade de meio.

Entretanto, para firmar o entendimento adotado neste estudo, parafraseando o autor acima citado, invoca-se a necessária adequação de ordenar o comportamento humano de forma a afastar a desproporcionalidade entre a responsabilidade que é cobrado do profissional por um resultado imprevisível.

No campo da medicina, em solo brasileiro, segundo dispõe o inciso II do Capítulo I do Código de Ética Médica, “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”, dever este complementado, ainda, pelo inciso IV, que dispõe que “Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.”

Constata-se, portanto, que é conferido ao médico o dever de zelar pela saúde do Paciente, e, em consequência, a violação deste dever do profissional invoca a discussão sobre a origem de ato que possa culminar em responsabilidade civil reparatória.

De toda sorte, conforme será abordado adiante de forma pormenorizada, a compreensão pelo afastamento da responsabilidade por um resultado pretendido pelo paciente não legitima o médico a ofertar serviços com resultados pré-estabelecidos, sob pena de inversão da ordem jurídica e atração da responsabilidade pela entrega daquilo que se propôs.

Segundo Maria Helena Diniz⁽¹¹⁾,

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

Em crítica ao posicionamento da corrente defensiva da responsabilidade de resultado, deve-se analisar que impor ao cirurgião plástico tamanha obrigação é um preconceito ultrapassado, que desconsidera por completo as individualidades biológicas de cada indivíduo, bem como sua assunção aos riscos causados pelo procedimento que deliberou, de forma livre e consciente, a realizar.

Na mesma toada, segue Miguel Kfouri Neto⁽¹²⁾. Note:

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa.

Por fim, as novas tendências verificadas no âmbito da prova da culpa médica, em especial a atribuição dinâmica do encargo probatório, não mais justificam que apenas ao cirurgião plástico seja aplicado tratamento diferenciado, gravoso.

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

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

É de se considerar que o ato cirúrgico, por si só, é uma exposição agressiva e, nestas condições, desnecessárias para resguardar a vida. Assim, a responsabilidade por ato médico é historicamente atrelada ao fator da diligência, justamente pela imprevisibilidade reacional do organismo e ausência de elementos que denotem a negligência, imprudência ou imperícia do profissional.

O elemento da culpa deve ser analisado sob a perspectiva da efetiva culpa, atrelada à impossibilidade objetiva do não cumprimento da obrigação assumida, por fatores que extrapolam a conduta do profissional.

Ocorre que no confronto entre diversas correntes doutrinárias, o Poder Judiciário brasileiro persiste no entendimento acerca da responsabilidade fim assumida pelo médico em decorrência de cirurgia estética.

6. Da comparação entre os modelos francês e brasileiro

Segundo ensina Miguel Kfouri Neto¹², por volta do século XIX, a Academia de Medicina de Paris emitiu decisão no sentido de que a responsabilidade médica somente deveria se dar quando comprovada falta grave, imprudência ou imperícia. Em consequência, os profissionais médicos não poderiam ser penalizados por atos exclusivos dos médicos.

Na linha indicada, já naquele momento histórico, a França reconheceu que a responsabi-

137

¹¹ DINIZ, Maria Helena; Código Civil anotado. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

¹² KFOURI NETO, MIGUEL. Culpa médica e ônus da prova. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 267

lidade estaria intimamente atrelada a um erro grosseiro, cuja demonstração e comprovação deveria ser demonstrada de forma robusta pelo paciente. Tem-se, portanto, o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do médico.

Na mesma obra retromencionada¹³, Kfouri destaca trecho em que Newton Pacheco enfatiza a prudência pela qual as cortes francesas, por mais de um século, já analisavam a responsabilidade médica com prudência.

Segundo dizeres de Fachin, citado por Giostri,

Há um vazio na doutrina civilista brasileira, que vai do desconhecimento à rejeição de novas ideias, conforme de maneira preclara adverte Fachin, e “a técnica engessada das fórmulas acabadas” não pode achar guarida em um Direito que se propõe aberto e sensível às modificações das realidades sociais.

A jurisprudência passou a ser responsável pela evolução dos ditames da responsabilidade civil, e ao tratar da discussão francesa, considerando um código civil amparado em pouca disciplina acerca da responsabilidade civil, as decisões judiciais ganharam força para delimitação das discussões sociais.

Nessa toada, a discussão acerca da responsabilidade civil médica adquire novos contornos, reconhecendo as decisões judiciais daquele país características específicas da atuação médica e o fato de que qualquer intervenção cirúrgica, por menor que seja, possui riscos inerentes e totalmente afastados do controle do profissional médico, que não pode ser responsabilizado por reações imprevisíveis advindas do organismo do próprio paciente.

O Senado francês, ao tratar sobre dispositivos médicos implantáveis e intervenções estéticas, consignou na sessão extraordinária de 2011/2012 que

“Toute intervention sur le corps humain comporte une part d'aléa liée aux réactions imprévisibles de ce dernier et la chirurgie esthétique n'échappe pas à de tels risques au prétexte qu'il s'agit d'interventions non curatives. Il apparaît d'ailleurs d'autant plus inconcevable d'attendre d'un chirurgien esthétique de produire avec exactitude les résultats escomptés par le patient que ces souhaits sont par nature subjectifs”⁽¹³⁾.

Não obstante isso, é possível encontrar já no século XX, decisões ainda encadeadas ao entendimento então superado pela jurisprudência francesa, como a proferida pelo Tribunal do Sena no ano de 1929, na qual se afirmou que só o fato de o médico ter iniciado a realização de procedimento cirúrgico sobre órgão sadio, sem qualquer finalidade curativa, mas apenas objetivando corrigir sua forma estética, constituía motivo suficiente para determinar a culpa do médico cirurgião plástico⁽¹⁴⁾.

Kfouri explica que,

“em princípio, a jurisprudência francesa considerava culpável qualquer evento danoso advindo dessa modalidade de cirurgia, sendo dispensável o reconhecimento de imperícia, imprudência ou negligência do cirurgião. Pretendia-se, desse modo, salvaguardar a vida e a saúde do paciente. Simplesmente por realizar a intervenção considerada desnecessária, o médico incorria no dever de reparação, quase a título de responsabilidade objetiva”.

Hodiernamente, tanto no Brasil, como na França, a legislação nacional, jurisprudência e doutrina, entendem que o médico, independentemente de sua especialidade, não pode ser responsabilizado por danos advindos ao pa-

¹³ “Toda intervenção sobre o corpo humano comporta uma parte do risco ligado às reações imprevisíveis deste último e a cirurgia estética não escapa a tais riscos sob o pretexto de que são intervenções não curativas. Parece ainda mais inconcebível esperar que um cirurgião plástico produza exatamente os resultados esperados pelo paciente, uma vez que estes desejos são por natureza subjetivos”.

¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ciente acaso não seja demonstrada, de forma incontestada, que tenha ele agido com culpa ou contrariamente aos ditames da boa prática profissional. O médico, portanto, somente pode ser responsabilizado civilmente caso atue de forma imperita, imprudente ou negligente.

É o que dispõe o Código Civil brasileiro, em seu art. 186:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O Código de Defesa do Consumidor⁽¹⁵⁾, aplicável no ordenamento brasileiro às relações médico-paciente segundo a jurisprudência nacional majoritária, em que pese preveja a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços quanto aos danos praticados aos consumidores, considerando-se inseridos neste conceito os pacientes e usuários de serviços em saúde em geral, preceitua que a responsabilidade dos profissionais liberais, incluindo-se os médicos, somente poderá ser aferida mediante a demonstração de sua culpabilidade (art. 14, §4º).

Sob esta mesma ótica, o Código de Ética Médica vigente no Brasil, instituído pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018, ao dispor sobre as normas diceológicas e deontológicas da profissão, estatui como princípio ético que:

“XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência”.

¹⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

Verifica-se, então, assim como a experiência francesa, que o Brasil sedimentou o entendimento de que a responsabilidade médica deve ser analisada sob a ótica subjetivista, aferindo-se a atuação do profissional a partir da perspectiva da negligência, imprudência ou imperícia.

Isto porque, analisar a responsabilidade médica sob outra ótica, senão subjetiva, afrontaria diametralmente direitos elementares do ser humano e da própria noção de responsabilidade e de culpa, haja vista que o simples fato de sobrevir agravo à incolumidade física do paciente ensejaria na responsabilização do profissional, independentemente de ter este agido com culpa ou não.

Ahmad El Ayoubi⁽¹⁶⁾, em sua tese de doutorado, elucida que,

“Ainsi, celui-ci peut être tenu pour une responsabilité de nature délictuelle du fait que le contrat médical n’est pas été conclu, dans le cas où le patient était hors d’état de conscience et ainsi incapable de consentir par exemple, ou bien du fait que le médecin était en train de donner des soins en application d’une obligation légale, telle par exemple l’obligation de porter secours à une personne en danger, ou encore réglementaire, tel le cas de la médecine du travail, ou également du fait que l’action en réparation ait été intentée devant une juridiction répressive, ou enfin évidemment le cas où la victime est un tiers et non une partie du contrat”⁽¹⁷⁾.

¹⁶ EL AYOUBU, Ahmad. **Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique**. Ecole de droit de la Sorbonne. Ecole doctorale de droit privé. Date de soutenance : 5 juillet 2018. Disponível em: <<https://ecm.univ-paris1.fr/nuxeo/site/esupversions/7b48d536-c0c8-49d6-ba96-0a9b4f06e061>>. Acesso em: 16 de jan. 2025.

¹⁷ “Assim, este último pode ser responsabilizado extrajudicialmente se o contrato médico não for celebrado, no caso em que o paciente se encontrava fora do estado de consciência e, portanto, incapaz de dar consentimento, por exemplo, ou porque o médico prestava cuidados de acordo com uma obrigação legal, como a obrigação de socorrer uma pessoa em perigo, ou mesmo uma obrigação regulamentar, como é o caso da medicina do trabalho, ou também o fato de a ação de indenização ter sido intentada num tribunal penal, ou finalmente, obvia-

Confluindo a respeito da responsabilidade civil médica subjetiva, França e Brasil caminham em direções opostas quanto ao entendimento aplicável à natureza da obrigação do médico cirurgião plástico, isto porque, aquela entende como sendo de meio a obrigação desse profissional, mesmo nos casos de procedimento puramente estético, ao passo que o entendimento jurisprudencial e doutrinário brasileiro é no sentido de que a responsabilidade do médico cirurgião em procedimentos embelezadores constitui dever de resultado.

Países como Canadá, Portugal, Itália e Espanha também preconizam a responsabilidade do cirurgião plástico em procedimentos estéticos como sendo uma obrigação de meio, e não de resultado, o que constitui, seguramente, uma postura vanguardista destes sistemas de justiça frente à brasileira, uma vez que analisa com maior justeza e equanimidade a responsabilidade do médico cirurgião plástico, considerando as especificidades próprias da especialidade médica, mas sem deixar de compreendê-la como uma área da medicina tal como qualquer outra.

Ainda assim, não se descuida do fato de que permeia no ordenamento jurídico francês uma divisão de opiniões a respeito da natureza da obrigação do médico cirurgião plástico, malgrado o entendimento prevalente seja de que esta obrigação é de meio, mesmo nos casos de cirurgia plástica puramente estética.

Parte da doutrina e da jurisprudência francesa busca o reconhecimento da obrigação de resultado do cirurgião plástico, à medida que a outra entende ser de meio a responsabilidade do profissional que atua na área de medicina

voltada para a estética, demandando uma análise mais severa acerca de sua atuação médica. É o que se chama naquele país de “*obligation de moyens renforcée*”, que na tradução literal, pode ser compreendida como obrigação de meio reforçada.

Ahmad El Ayoubi argumenta que,

“A cet effet, la jurisprudence, ainsi que la doctrine, s’est largement divisée dans sa détermination de la nature de l’obligation exigée du chirurgien esthétique et adaptée à la rigueur imposée à ce dernier. Une partie de la jurisprudence a alors pris en considération la part aléatoire qui accompagne toute intervention chirurgicale, qu’elle soit esthétique ou non, pour qualifier l’obligation du plasticien « de moyens » mais avec une conception plus sévère (§1). Une autre partie de la jurisprudence a tenté de procéder à une répartition de l’obligation du chirurgien esthétique prenant en compte, d’une part, la nature esthétique de l’intervention qui exige une obligation de résultat, tout en réservant, d’autre part, une place à l’obligation de soins qui est de moyens (§2)”¹⁸.

O entendimento pela “*obligation de moyens renforcée*” defendido por parcela exponencial da doutrina e jurisprudência francesa, foi consagrada no ano de 1991, pela Corte de Apelação de Nancy, e toma lugar frente ao fato de que as regras gerais da responsabilidade subjetiva atrelada à obrigação de meio são aplicáveis ao cirurgião plástico na cirurgia estética, não se descuidando, por certo, das especificidades que envolvem a realização de procedimentos

mente, o caso em que a vítima é um terceiro e não parte no contrato”.

¹⁸ Com efeito, a jurisprudência, assim como a doutrina, tem se dividido amplamente na determinação da natureza da obrigação exigida do cirurgião plástico e adaptada ao rigor que lhe é imposto. Parte da jurisprudência levou então em consideração o aspecto aleatório que acompanha a cirurgia, estética ou não, para qualificar a obrigação do cirurgião plástico como “meio”, mas com concepção mais severa (§1). Outra parte da jurisprudência tem tentado distribuir a obrigação do cirurgião plástico tendo em conta, por um lado, a natureza estética da intervenção que exige uma obrigação de resultado, reservando, por outro lado, um lugar para a obrigação de cuidado que é de meio (§2)”.

cirúrgicos da caráter exclusivamente estéticos e as características próprias desta especialidade médica.

Com isso, a responsabilidade do médico cirurgião estético passa a ser analisada de forma mais estrita quando comparada com a cirurgia “clássica”, haja vista que os procedimentos cirúrgicos puramente embelezadoras não visam tão somente restabelecer a saúde do paciente, mas sim, trazer-lhe um melhoramento e conforto estético, situação esta que é julgada insustentável pelo paciente.

Em 17 de janeiro de 1999, a Corte de Apelação de Versailles, ao analisar o caso de responsabilidade do médico cirurgião plástico referente às cirurgias estéticas, concluiu que:

“en matière de chirurgie esthétique, l'atteinte à l'intégrité physique de malade ne peut se justifier que si elle respecte l'existence d'un certain équilibre entre le mal causé par l'intervention et le profit espéré, de sorte que le médecin ne doit pas mettre en œuvre une thérapeutique dont les inconvénients risqueraient de dépasser la disgrâce qu'il prétend traiter ou dont la gravité serait hors de proportion avec l'embellissement espéré”¹⁹.

No Brasil, contrariamente, a interpretação doutrinária e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico quanto à realização de cirurgias puramente estéticas, atrai para o profissional a obrigação de resultado, uma vez que as cirurgias embelezadoras são dispensáveis sob o ponto de vista dos estudiosos da ciência jurídica, haja vista a desnecessidade de intervenção médica nestes casos, que objetivam exclusivamente a melhora

da aparência física do paciente.

Rui Stocco⁽²⁰⁾ preleciona,

O que importa considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projetam a simulação da nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente relação contratual de resultado que deve ser honrada. Portanto, *pacta sunt servanda*.

Esta posição, não obstante estimável, vai de encontro com os preceitos éticos do exercício da medicina, uma vez que o próprio Código de Ética Médica prevê, em seu art. 62, como norma deontológica, a vedação de profissionais médicos vincularem o recebimento de honorários a promessa de resultado específico ou cura.

De igual modo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.336/23, que trata expressamente sobre a publicidade médica no Brasil, também proíbe médicos de garantirem, prometerem ou insinuarem bons resultados do tratamento.

Além disso, o entendimento acima preconizado também favorece e potencializa a judicialização da medicina, em especial contra médicos que atuam no campo da estética, eis que a beleza, atrelada muito mais a parâmetros sociais e vinculada ao inconsciente de cada um dos seres, permeia o campo do subjetivismo humano, de modo que a utilização de programas e simulações não podem ser compreendidos como uma promessa de resultado determinada pelo profissional atuante na área, quando muitos dos re-

¹⁹ “Em matéria de cirurgia estética, o atentado à integridade física do paciente só pode ser justificado se respeitar a existência de um certo equilíbrio entre os danos causados pela intervenção e o lucro esperado, pelo que o médico não deve implementar uma terapêutica cuja inconvenientes correm o risco de superar a desgraça que pretende tratar ou cuja gravidade seria desproporcional à melhoria esperada”.

²⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 645-646.

sultados obtidos pela ciência médica estão fora do campo de atuação do profissional, como a força maior e as reações imprevisíveis do organismo do paciente.

Não poderia, por certo, ser outro o entendimento despendido pela doutrina majoritária e pela jurisprudência nacional a respeito da prática médica, quando a vinculação da atuação médica à obtenção de resultado certo e específico, espelha a “condenação” da grande maioria dos médicos, que apesar da atuação diligente, perita e ética, conforme as boas práticas e a literatura médica, não conseguem curar o paciente ou proporcionar-lhe o resultado pretendido, na medida em que muitos desfechos almejados na medicina encontram limitações na própria natureza humana e na ciência com recursos ainda escassos e insuficientes para determinados fins.

O conceito de saúde deve, igualmente, ser analisado para fins de compreensão da natureza da obrigação médica em casos de cirurgia plástica embelezadora e do objetivo buscado pelo paciente que pretende a realização de procedimentos estéticos, isto porque, a definição de saúde preconizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), desde o ano de 1946, já trazia a ideia de que essa não pode ser entendida como a mera ausência de doença, senão de um completo bem-estar físico, mental e social.

Diante disso, a realização de cirurgia estética embelezadora, ainda que sua motivação seja de ordem psíquica, não pode ser entendida como leviana ou fútil, haja vista que raramente se buscará a intervenção médica para fins estéticos quando se está completamente realizado e satisfeito com sua aparência e seu corpo.

Inferir de modo diverso, compreendendo a cirurgia plástica embelezadora como volúvel

e pueril, seria o mesmo que ignorar distúrbios que não decorrem do processo orgânico do corpo físico, mas sim, de moléstia intangível oriunda de patologias ou disfunções mentais que não podem ser negligenciadas.

Miguel Kfoury Neto, ao abordar a questão relativamente à responsabilidade do médico cirurgião plástico e a cirurgia estética, aduz que:

“induviosa é a feição curativa que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico”.

Antônio Ferreira Filho e Alex Pereira de Souza⁽²¹⁾ prelecionam que,

“não se pode olvidar que mesmo que alguém aparentemente perfeito, que se enquadre nos padrões normais de beleza, e que deseje realizar certa cirurgia para modificar, por exemplo, a mama, tornando-a menor, não esteja, em algum nível, sofrendo de um mal, ainda que em órbita mental. Resulta que esse mal vai desde a angústia e a sofreguidão, por achar-se com uma mama feia, até o profundo estado de depressão”.

Ricardo Luis Lorenzetti⁽²²⁾, jurista argentino, explica que,

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

²¹ SOUZA, Alex Pereira de; FILHO, Antônio Ferreira. Instituições de Direito Médico. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 16.

²² LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los médicos, vol. II, p. 377.

O então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, no voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 81.101/PR, relativamente à responsabilidade do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas, preleciona que:

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

No mesmo voto, o Ministro do Tribunal Cidadão abordou sobre o regime legal do Canadá, que segue o sistema do Common Law, e onde, com exceção da cidade de Quebec, que herdou as tradições do Código Civil de Napoleão, os cirurgiões não estão obrigados a entregar o resultado específico, mas sim, estão obrigados a informar e a tratar adequadamente seus pacientes.

Em matéria publicada no Jornal Canadense da Cirurgia Plástica, no ano de 1995,

“Professional responsibility of physicians is limited to an obligation of means, not of results. We do not have an obligation of always obtaining good results but must provide competent information and treatment to our patients. Briefly put, the existence of a fault on the physician's part will be established if it can be proven that he did not act as prudently and

diligently as a reasonable competent physician would have the same circumstances. In cases of elective care such as in aesthetic surgery, this principle is being challenged all the way to the Supreme Court by some people who would like to hold us responsible not only for means, but of results”⁽²³⁾.

Verifica-se, portanto, que a doutrina e a jurisprudência brasileira ainda precisam muito avançar com relação à interpretação e a aplicação das normas de responsabilidade civil empregáveis aos casos envolvendo a atuação de médicos cirurgiões no âmbito da cirurgia plástica estética, isto porque, os entendimentos atualmente emanados pelos Tribunais do nosso país têm se afastado sobremaneira da forma como demais países, em especial no continente europeu, e que também possuem raiz história no direito romano, reconhecem a responsabilidade médica em situações de agravo à saúde de pacientes.

A conclusão a que se chega a partir da análise pormenorizada das decisões judiciais e da doutrina produzida no Brasil, é no sentido de que ainda há um consenso populacional, o qual reflete intimamente na forma como pensa o Poder Judiciário, de que tudo o que envolve a saúde estética é banal, frívolo, insignificante e altamente dispensável, de modo que os profissionais médicos que escolhem atuar nesta especialidade, é considerado menos médico que aqueles que escolhem outras áreas da medicina, sendo, portanto, comprometidos em “salvar vidas e proporcionar saúde”.

A adoção desta percepção fomenta no íntimo coletivo um sentimento lastreado em preconceitos e prejulgamentos acerca da atuação médica no âmbito da cirurgia plástica embele-

²³ In the Canadian Journal of Plastic Surgery, vol. 30, 1995, via internet.

zadora, influenciando para que a atuação do profissional nesta especialidade seja menos digna de proteção em comparação com as demais, o que retarda o avanço das cortes de justiça nacionais rumo à mudança do entendimento majoritário, atualmente preconizado a respeito da responsabilidade civil dos médicos cirurgiões plásticos, quanto à sua obrigação de resultado.

Analisar a responsabilidade civil médica na cirurgia plástica estética sob a ótica da obrigação de meio implica conformar o entendimento da doutrina e jurisprudência às normas diceológicas emanadas pelo próprio órgão de classe dos profissionais da medicina no país, que por verdadeiramente conhecedores desta ciência imprescindível para a manutenção da própria humanidade, reconhece a obrigação do médico como de meio, independente da especialidade a que se refira.

Entendimento diverso do acima apreçoado configura grave equívoco, haja vista a inviabilidade de médicos de quaisquer especialidades garantirem resultados específicos impassíveis de quaisquer mutações quando o próprio corpo humano, por sua natureza limitada e frágil, é imprevisível.

7. A diferença entre cirurgia plástica reparadora e estética no direito brasileiro

A responsabilidade civil do cirurgião plástico no ordenamento jurídico brasileiro demanda a análise e distinção entre a natureza do procedimento realizado pelo paciente, se puramente estético ou de caráter reparador, isto porque, ainda que em outros países, como a França, esta diferenciação não seja altamente relevante para análise do instituto da responsabilidade civil médica em razão do entendimento lá sedimentado de que a obrigação do médico ci-

rurgião plástico é sempre de meio, embora reforçada, no Brasil, de outro lado, a natureza da obrigação atraída pelo médico especialista em cirurgia plástica dependerá, necessariamente, da aferição acerca da natureza desta, se estética ou reparadora.

A cirurgia plástica distingue-se, inicialmente, entre duas funções diferentes: a cirurgia estética propriamente dita e a cirurgia estética reparadora. A primeira tem por fim de correção de “imperfeições” da própria natureza corpórea e fisiológica do ser humano, já a segunda, visa a reparação de enfermidades, congênicas ou adquiridas⁽²⁴⁾.

Dito isso, a cirurgia plástica propriamente dita é vista majoritariamente pela doutrina e jurisprudência brasileira, de certo modo, como supérflua, haja vista a exposição do paciente a riscos com alguma gravidade, ainda que provenientes do próprio ato cirúrgico, e sem qualquer necessidade, o que atrai a responsabilidade do médico cirurgião plástico sob a ótica da obrigação de resultado, sendo ele responsabilizado civilmente acaso deixe de alcançar o resultado prometido.

É o caso, por exemplo, de pacientes que procuram o médico cirurgião plástico para a realização de rinoplastia ou implantação de próteses mamárias sem a necessidade fisiológica para tanto. Nestas situações, acaso o médico não consiga atingir o resultado pretendido e esperado pelo paciente, enseja, para si, a responsabilidade civil de reparar o dano praticado.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recentíssima decisão proferida no bojo do Recurso Especial nº 2173636/MT, ao tratar sobre a responsabilidade do médico cirurgião plás-

²⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

tico em casos de cirurgia estética, entendeu que se o resultado do procedimento não agradar ao paciente, a culpa profissional somente pode ser presumida caso o resultado seja compreendido como não harmônico pelo senso comum, e não meramente pela perspectiva apenas do paciente.

Observa-se, portanto, a partir do julgamento proferido por parcela da Corte de Justiça brasileira, um avanço rudimentar quanto à compreensão da responsabilidade do médico cirurgião plástico em cirurgias estéticas, não obstante este não seja o entendimento unânime da corte de justiça como um todo, mas apenas de parcela dela.

Por sua vez, a cirurgia plástica reparadora tem por finalidade a reparação de graves defeitos, como os congênitos, que decorrem do nascimento do paciente, ou aqueles adquiridos, como no caso de pacientes que sofrem acidentes automobilísticos, no trabalho ou queimaduras, e precisam submeter-se a procedimento desta natureza para o fim de corrigir a distorção ou devolver a funcionalidade do órgão comprometido.

Nos casos de cirurgia plástica reparadora, não assume o médico outra obrigação que não a de meio, uma vez que o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o paciente, mas sim, de empregar técnicas médicas adequadas com o objetivo de buscar o melhor resultado dentro do que se é possível⁽²⁵⁾.

A celeuma atualmente existente, como se pode observar, é no que tange à responsabilidade civil do médico cirurgião plástico nos procedimentos puramente estéticos, uma vez que vincular o profissional à uma obrigação de re-

sultado, tal como tem sido feito no ordenamento jurídico brasileiro, contraria integralmente a própria ciência médica e o entendimento preconizado pelo órgão de classe no país, o qual possui o conhecimento técnico necessário para o fim de demonstrar até onde pode ir ou não a responsabilidade do médico atuante neste especialidade.

Nesse sentido, é o Parecer nº 09/2001, emanado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará:

“Apesar da confusão estabelecida sobre o assunto, mormente quando se sabe que há grande inclinação jurisprudencial no sentido de considerar a cirurgia plástica estética uma obrigação de fim ou resultado, tal entendimento não deve prosperar, pois representa uma notória injustiça para com os profissionais especializados em cirurgia plástica, distinguindo-os e discriminando-os em relação aos outros colegas médicos. Ao que tudo indica, esta corrente de pensamento resultou dos primórdios da cirurgia plástica, quando se considerava uma violação da natureza a interferência do homem alterando “o plano divino”, modificando o corpo humano a seu bel-prazer. Partia-se da premissa de que não havendo doença, a ação do médico o obrigava a alcançar um bom resultado, pois operava pacientes sadios, ou seja, sem necessidade obrigatória de tratamento. Assim, tudo que acontecesse de negativo seria responsabilidade do profissional, que teria de arcar com o ônus de sua ousadia”.

Similarmente, é o entendimento de Rafael Teixeira Ramos⁽²⁶⁾,

“Na cirurgia plástica estética é inadmissível presumir materialmente a culpa do cirurgião: conforme o já exaustivamente defendido em tópicos anteriores, não se pode em nenhuma hipótese coisificar o ser humano para qualificar a prestação de serviços cirúrgicos em prestações de consumo; o paciente contratante, em-

²⁵ ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Ajuris*, Porto Alegre, n, 59, 1993.

²⁶ RAMOS, Rafael Teixeira. Responsabilidade civil na cirurgia plástica estética: elementos basilares em um enfoque Portugal-Brasil. *Revista UNIFACS*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/8030/4742>>. Acesso em: 20 de jan. 2025.

bora mereça atenção especial em uma ação civil de reparação de danos físicos, estéticos, morais, na maioria das vezes não é vulnerável ou hipossuficiente, exceto diante do exercício profissional da medicina; nessa essência, seria intensamente áspero obrigar um resultado em intervenções cirúrgicas de embelezamento que lidam com oscilações anatômicas, biológicas, fisiológicas do corpo humano e até mesmo psicológicas do indivíduo, tanto quanto decorre em uma cirurgia reconstrutiva (reparadora), consoante se explanou anteriormente no título em um (1) deste trabalho”.

Em vista disso, percebe-se a urgente necessidade de modificação do entendimento preconizado pela doutrina e pelos Tribunais de Justiça brasileiros a respeito da temática, aproximando-se ainda mais da doutrina francesa, a fim de compreender a responsabilidade do médico cirurgião plástico em casos de cirurgia estética como uma obrigação de meio reforçada, que demanda o exame da atuação do profissional de forma mais sensível, levando-se em consideração as especificidades próprias da especialidade, mas não como uma obrigação de resultado, já que este entendimento se afigura discriminatório, além de acoimar o médico desmedidamente em razão de sua escolha profissional.

O médico, portanto, qualquer que seja sua área de atuação, não pode prometer e, muito menos, garantir ao paciente que um resultado específico e determinado será alcançado. O compromisso médico restringe-se a agir com prudência e diligência, sendo por estes atos responsável, mas nunca por um resultado imprevisível, pois vinculado a fatores e circunstâncias desassociados do atuar médico.

8. Conclusão

O estudo enfrentado, analisado sistematicamente com o objetivo de comparar a legislação e entendimento jurisprudencial entre os países que adotam culturas distintas acerca dos procedimentos estéticos, demonstraram que o debate transcende a mera dicotomia entre a obrigação de meio ou resultado. Se de um lado, o ordenamento jurídico brasileiro mantém pacífico o entendimento firmado no sentido de que o médico, ao tratar de questões estéticas, assume uma obrigação de resultado, a França, mais adiantada na interpretação em decorrência da evolução história da cirurgia plástica, adota entendimento mais moderno, reconhecendo a imprevisibilidade no tocante a respostas fisiológicas dos pacientes.

Uma distinção significativa que embasa os posicionamentos distintos reside na forma como a sociedade interpreta a cirurgia estética, tendo em vista que, de um lado, o brasileiro ainda a interpreta associada a futilidade, enquanto o francês reconhece as complexidades e impactos na saúde mental e emocional dos pacientes.

A judicialização excessiva de questões estéticas envolvendo cirurgias plásticas, cujos pedidos vinculam-se a obrigação de resultado, impulsionados por expectativas irreais dos pacientes, ignora a complexidade da atividade médica.

Assim, enquanto o Brasil mantém a discussão da dicotomia entre obrigação de meio e resultado, trazendo maior hígidez a discussão; a França mitiga estes conceitos, reconhecendo uma obrigação que se enquadraria entre os extremos brasileiros, de forma a reconhecer uma espécie de obrigação de meio reforçada, que exige do cirurgião plástico um grau de zelo e

diligência elevados, sem, entretanto, vinculá-lo ao resultado.

Evidentemente, a mitigação encontrada no modelo francês se apresenta mais bem alinhada com a imprevisibilidade das respostas orgânicas, provenientes das inúmeras variáveis fisiológicas. Por esta razão, urge a necessidade de revisão da doutrina e jurisprudência brasileira para que, a modelo do sistema francês, passe a reconhecer a obrigação do cirurgião plástico com parâmetros mais flexíveis, superando a dicotomia e rigidez hoje formalizadas.

Somente com novas balizas norteadoras para fixação da responsabilidade estudada haverá no Brasil um equilíbrio entre a proteção do paciente e a segurança jurídica do cirurgião, coibindo abusos por parte dos pacientes e possibilitando que a responsabilização do profissional somente ocorre quando efetivamente comprovada a culpa.

BIBLIOGRAFIA

- ANDORNO, Luis O. **La responsabilidad civil médica**. Ajuris, Porto Alegre, n. 59, 1993.
- BENACCHIO, Marcelo. **A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil**. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRASIL. Código Civil brasileiro, 2002.
- . Código de Defesa do Consumidor.
- . Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de set. 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 17 de jan. 2025.
- . Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. **Parecer CREMEC nº 09/2001**. Conselheiro Relator Dr. José Mauro Mendes Gifoni, de 04 de jun. 2001. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/CE/2001/9_2001.pdf>. Acesso em: 29 de jan. 2025.
- . Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 328.110-RS (2013/0110013-4)**. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 de jan. 2025.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 7ª. ed., rev., atual., e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- . *La Chirurgie Plastique comme obligations de moyens. Aspects de la responsabilité civile dans le droit brésilien*. Revue générale de droit médical, nº 26, 2008. Disponível em: <<http://www.eduardodantas.adv.br/Article5.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2025.
- DINIZ, Maria Helena; **Código Civil anotado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- . **Curso de direito civil brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- EL AYOUBU, Ahmad. **Le traitement juridique spécial du chirurgien esthétique**. Ecole de droit de la Sorbonne. Ecole doctorale de droit privé. Date de soutenance : 5 juillet 2018. Disponível em: <<https://ecm.univ-paris1.fr/nuxeo/site/esupversions/7b48d-536-c0c8-49d6-ba96-0a9b4f06e061>>. Acesso em: 16 de jan. 2025.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2011. 1ª edição.
- FRADERA, Vera Jacob de. **La Responsabilité**. A responsabilidade civil dos médicos. Ajuris, Porto Alegre, n. 55, 1992.
- FRANCE. Sénat. Session Extraordinaire de 2011-2012. Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information portant sus les dispositifs médicaux implantables et les interventions à visée esthétique. Par M. Bernard Cazeau. Disponível em: <<https://www.senat.fr/rap/r11-653-1/r11-653-11.pdf>>. Acesso em: 18 de jan. 2025.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perde de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- , Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad Civil de los Médicos**. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II, 1997.
- PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. **Erros Médicos, Defesas do Médico e Perícias Judiciais**. Leme, São Paulo: Editora Cronus, 2024.
- RAMOS, Rafael Teixeira. **Responsabilidade civil na cirurgia plástica estética: elementos basilares em um enfoque Portugal-Brasil**. Revista UNIFACS. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/8030/4742>>. Acesso em: 20 de jan. 2025.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. Editora Saraiva, 2004.
- STOCO, Rui. **Tratado da Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- SOUZA, Alex Pereira; e COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **Instituições de Direito Médico**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.
- VELOSO, Genival. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Ed, 2020.