

347.56:614.25
D286c

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski e Bárbara Baraldi

Produção Editorial
Coordenação
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Debates contemporâneos em direito médico e da saúde / Miguel Kfouri Neto, Rafaella Nogaroli, coordenadores. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-142-8

1. Ética médica 2. Medicina - Leis e legislação - Brasil 3. Médico e paciente 4. Médicos - Responsabilidade civil 5. Responsabilidade (Direito) 6. Responsabilidade civil I. Kfouri Neto, Miguel. II. Nogaroli, Rafaella.

20-39479

CDU-347.56:61

Índices para catálogo sistemático:

1. Médicos : Responsabilidade : Direito civil 347.56:61
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Miguel Kfouri Neto
Rafaella Nogaroli
Coordenação



Debates contemporâneos em direito médico e da saúde

Inclui:

Apêndice com enunciados e parte extra sobre o direito médico e da saúde em tempos de pandemia da Covid-19

Prefácio por Nelson Rosendal

Autores:

Alexandre Bonna • Camila Mota Cavalcante • Carmem Sophia Bené de Oliveira Almeida • Carolina Martins Uscocovich • Carolina Silva Mildemberger • Caroline Amadori Cavet • Débora Gozzo • Eduardo Dantas • Eliane Moraes de Almeida • Eros Belin De Moura Cordeiro • Fernanda Schaefer • Gabriel Schulman • Gisele Ester Miguel Amantino • Graziella Trindade Clemente • Henrique Manoel Alves • Isadora Cé Pagliari • João Pedro Leite Barros • José Luiz de Moura Faleiros Júnior • José Ricardo Alvarez Vianna • Letícia de Oliveira Borba • Luciana Dadalto • Luiz Gustavo de Andrade • Maria Teresa Ribeiro De Andrade Oliveira • Mariana Wolff Martins • Mário Luiz Ramidoff • Mayara Medeiros Royo • Miguel Kfouri Neto • Nathalia Recchiutti Gonsalves • Osvaldo Simonelli • Paula Moura Francesconi de Lemos • Rafaella Nogaroli • Rodrigo Guia da Silva • Tarcísio Augusto Saretta Lemos • Vitor Calliari Rebello • Yasmin A. Folha Machado • Willian Pimentel

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

CAPÍTULO 14

PUBLICIDADE MÉDICA NAS MÍDIAS SOCIAIS: PROPOSTA DE UM MODELO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

CAROLINA SILVA MILDEMBERGER¹

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA²

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias sobre a publicidade médica na era digital e a necessidade de revisão de regulamentação. 2. A publicidade na atividade médica no sistema luso-americano. 2.1. A publicidade médica americana. 2.2. A publicidade médica em Portugal. 3. A regulação da publicidade médica no Brasil e os reflexos na seara da responsabilidade. 4. Proposta de um modelo contemporâneo de publicidade médica. 5. Referências.

1. Notas introdutórias sobre a publicidade médica na era digital e a necessidade de revisão de regulamentação

A era digital mudou completamente os paradigmas da comunicação e os padrões da publicidade. As mídias sociais trouxeram dinamismo e agilidade na propagação da informação, potencializando-se as capacidades comunicativas dos indivíduos. Os profissionais de saúde, enquanto prestadores de serviços médicos e da saúde, aderiram ao *marketing* e à publicidade no meio digital, em especial, nas

1. Estudante de Direito pelo Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Membro do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas” (UNICURITIBA).
2. Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia Pública pelo Centro de Estudos e Pesquisa no Ensino do Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação *Lato Sensu* do CEPED-UERJ. Professora da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Membro da Comissão de Direito Civil e Órfãos e Sucessões da OAB-RJ. Coordenadora Adjunta de Direito Civil da ESA-RJ. Advogada.
E-mail: paula@francesconilemos.com.br.

redes sociais, graças à maior oportunidade de se conectarem com seus (potenciais) pacientes, mantendo-os informados sobre os seus serviços.

Ademais, diante do atual cenário do mercado de consumo, para atrair a atenção dos usuários, as empresas e os prestadores de serviços precisam “abrir caminho na mata densa, escura, espalhada e ‘desregulamentada’ da competitividade global e chegar à ribalta da atenção pública, os bens, serviços e sinais devem despertar desejo e, para isso, devem seduzir os possíveis consumidores e afastar seus competidores”.³

A população brasileira é de aproximadamente 211.1 milhões, e 140 milhões de brasileiros utilizam algum tipo de rede social de forma ativa, segundo a pesquisa “Digital in 2020”.⁴ Isso demonstra que a publicidade *on-line* pode atingir muito mais do que a tradicional, feita por meio de *banners* e até mesmo as transmitidas pela televisão.

O “boom” dos *smartphones* e outros equipamentos tecnológicos de fácil transporte e o aperfeiçoamento da internet no Brasil – desde dos pontos de *wi-fi* gratuito em locais públicos ao implemento das redes 3G e 4G – fizeram com que as redes sociais passassem a ter um papel fundamental no cotidiano dos brasileiros, conforme aponta Santaella:

O fenômeno das redes sociais não teria explodido do modo como conhecemos se não tivesse sido contemporâneo dos dispositivos móveis em conexão que colocaram na palma da mão dos usuários todos os recursos acima enumerados e, mais do que isso, permitindo a conectividade em qualquer lugar e a qualquer momento.⁵

Logo, o processo de informação tornou-se mais participativo, principalmente com a produção de conteúdo que, não somente entrega de modo instantâneo as informações, como também coleta do usuário a “paixão” do momento, o sentimento resultante do fato.⁶ Esta participação torna a publicidade *on-line* interessante no viés que o indivíduo inflamado por suas “paixões” se torna um potencial consumidor, além de que tem a oportunidade de interagir diretamente com o anunciante do serviço, surgindo, o que gera um aprofundamento no relacionamento consumidor/fornecedor.⁷

3. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

4. We are Social. *Digital 2020: global digital yearbook*. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-global-digital-yearbook?utm_source=Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2020&utm_content=Yearbook_Promo_Slide>. Acesso em: 12 fev. 2020.

5. SANTAELLA, Lucia. O paradigma do sensível na comunicação. *Revista Comunicação Midiática*, v. 11, n. 1, p. 17-28, 2016.

6. Id.

7. ALVES, Marcia Nogueira, ANTONIUTTI, Cleide Luciane e FONTOURA, Mara. *Mídia e produção audiovisual: uma introdução*. 20 ed. Curitiba: Ibplex, 2008.

O grande desafio para os profissionais de saúde é fazer publicidade, com fins de se manterem no competitivo mercado num constante contato com (potenciais) pacientes e, ao mesmo tempo, agir de forma ética e cumprindo a legislação vigente. Os médicos precisam adequar suas técnicas de captação de pacientes no mundo digital aos preceitos éticos e legais, para que não cometam infrações éticas e/ou ilícitos civis.

Portanto, faz-se necessária a análise pontual sobre a publicidade médica nas mídias digitais, especialmente sob a leitura do Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018 do CFM e Resolução nº 1.974/11 do CFM, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria, alterada pela Resolução nº 2.126/15, que define o comportamento adequado dos médicos nas redes sociais e proíbe a divulgação de técnicas não consideradas válidas pelo CFM,⁸ e pela Resolução nº 2.133/2015.

Importante salientar que a publicidade médica atinge uma relação extremamente delicada entre o prestador de serviços da saúde e o paciente, geralmente em momentos de extrema fragilidade deste último. A relação entre médico e paciente é, em regra, contratual, mas predominantemente existencial, e há participação ativa de ambos os agentes, com surgimento de direitos e deveres não patrimoniais como o de sigilo, de confidencialidade, de informação, de cuidado,⁹ motivo pelo qual é imprescindível a efetiva troca de informações e comprometimento.¹⁰

Ademais, o profissional deve se atentar no que produz de conteúdo para o seu consumidor/paciente, principalmente no ambiente virtual, local propenso a produzir efeitos diversos ao que se pretende.¹¹ O que poderia ser considerado inofensivo como a publicação do relato de um paciente satisfeito pode levar a consequências indesejadas como a repreensão do Conselho de Classe, por causa do não cumprimento da norma vigente pela referida resolução. Além disso, esta conduta pode até acarretar a eventual responsabilidade civil criada pela expectativa de resultado similar ao que tinha sido apresentado nas redes sociais.

Qualquer pessoa que acesse as redes sociais pode verificar claramente que as normas éticas são frequentemente descumpridas. Por isso, será proposto, neste

8. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 2.126/15.

9. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação Médico-Paciente: o Respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

10. FILHO, Rodolfo Pamplona e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

11. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil e responsabilidade civil em espécie*. Volume 3. Editora JusPodivm: Salvador, 2014.

artigo, um modelo contemporâneo e realista de propaganda e publicidade médica, em que o médico se sinta satisfeito com a forma de que seu serviço fora descrito e publicado e, ainda, confiante de que não haverá violações éticas. Para isso, será realizada investigação da publicidade médica e sua regulamentação em Portugal, EUA e Brasil.

2. A publicidade na atividade médica no sistema luso-americano

Publicidade, divulgação, propaganda, termos usualmente utilizados para definir a prática de difundir um texto que tem como objetivo influenciar alguém a comprar determinado produto, segundo o dicionário Aurélio. Pode-se definir como conceito de publicidade o seguinte entendimento:

[...] é conceituada como a arte de tornar público, divulgar um fato ou uma ideia, já com objetivos comerciais, uma vez que pode despertar o desejo de compra, levando-o à ação. É um conjunto de técnicas de ação coletiva com o propósito de tornar conhecido um produto, um serviço, uma marca, promovendo assim uma atividade comercial.¹²

Percebe-se que a publicidade possui um caráter mais comercial de divulgação, enquanto a propaganda possui um caráter ideológico, sendo definida como “ações de atividades ideológicas que tendem a influenciar o homem, com objetivo político, cívico ou religioso”. Portanto, não há o mesmo fator econômico no conceito, sendo somente o ato de propagar ideias, princípios e teorias.¹³

Apesar de existir uma diferença entre publicidade e propaganda, neste artigo, adotaremos tais termos como sinônimos, conforme entendimento do Conselho Executivo de Normas-Padrão, um dos órgãos regulamentadores da comunicação no Brasil.

Já o *marketing* agrega todas as funções necessárias para que um produto ou serviço seja lançado ao mercado e adquirido pelo consumidor. Segundo a *American Marketing Association*, é a atividade o conjunto de instituições e processos que criam, comunicam, entregam e trocam ofertas que têm valor para os consumidores, os clientes, parceiros e a sociedade em geral¹⁴.

Considera-se como base os quatro Ps do *marketing*: produto, preço, praça e promoção¹⁵. Importante salientar que a publicidade é contemplada na promoção, sendo analisada não somente a questão do conteúdo a ser transmitido, como

12. GONÇALEZ, Márcio Carbaca. *Publicidade e propaganda*. IESDE Brasil S.A.: Curitiba, 2009. p. 7.

13. GONÇALEZ, Márcio Carbaca. *Publicidade e Propaganda*. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009. p. 7.

14. American Marketing Association. *Definitions of Marketing*. Disponível em: <<https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

15. Id.

também os canais de comunicação, as ações de relações públicas, entre outros¹⁶. Logo, não se deve relativizar o conceito e igualar os termos *marketing* e publicidade.

A publicidade médica, por sua vez, é definida como “qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação ou anuência do médico”.¹⁷

É necessária regulação da propaganda, visto que o objeto do serviço médico não se trata de atividade exclusivamente financeira, tendo, *a priori*, o intuito de proteção e manutenção de um bem protegido pela própria Constituição Brasileira: a saúde. O Conselho Federal de Medicina, em seu Código de Ética e nas Resoluções nº 1.974/11 e nº 2.126/15, determinou uma série de critérios norteadores que devem ser seguidos pela classe médica, a fim de se evitar o mau uso das ferramentas de divulgação.

Observa-se que, em outros países, a publicidade médica é vista com cuidado e atenção, utilizando-se de outros métodos de controle. Neste capítulo, serão analisados dois países, Estados Unidos da América e Portugal, em razão de sua influência e proximidade histórica com o Brasil.

2.1. A publicidade médica americana

A publicidade norte-americana é, até hoje, modelo exportado para o mundo inteiro, inclusive ao Brasil. Apesar de não ser o berço da publicidade contemporânea – tal façanha pertence às agências inglesas de comunicação –, é nos Estados Unidos que se observa o seu florescimento.¹⁸

Infelizmente, a bibliografia sobre publicidade em geral é escassa, por vários motivos: um deles é a desconsideração pelo tema para estudos acadêmicos, sendo realizadas mais análises sobre as consequências ético-jurídicas de um anúncio do que o processo de produção em si¹⁹.

O *Federation of State Medical Boards* tem se posicionado sobre as mídias digitais na atividade médica, demonstrando preocupação sobre a utilização inadequada, motivo pelo qual elaborou um guia de orientações. Segundo Chaudhry, 67% dos médicos nos Estados Unidos utilizam as redes sociais com propósito profissional.²⁰

16. GABRIEL, Lucas. 4 Ps do *marketing*: entenda o conceito do *Mix de Marketing*. Rock Content. Disponível em: <<https://rockcontent.com/blog/4-ps-do-marketing/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

17. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.974/11. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

18. LARA, Milton. *Publicidade: a máquina de divulgar*. São Paulo: Senac, 2017.

19. REFKALEFSKY, Eduardo. *História da propaganda nos EUA*. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/3b9a07c88630dd7924af7c41d87b4367.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

20. CHAUDHRY, Humayun J. Ask the experts: Physicians and Appropriate Use of Social Media. Educational Commission for Foreign Medical Graduates. 2017. Disponível em: <<https://www.ecfmg.org/echo/experts-social-media.html>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

As principais transgressões éticas são o uso inapropriado da comunicação entre médico e paciente, práticas proibidas como prescrição de remédios para pessoas que não seus pacientes de fato e a deturpação de credenciais médicas.²¹ Destaca-se, ainda, o problema das publicidades *on-line* que possuem “caráter perpétuo”, pois as informações são inseridas na “memória social da internet”,²² o que pode acarretar problemas futuros dos quais, muitas vezes, o médico não tem a intenção, tal como a recomendação de um remédio que, com o passar do tempo, pode se mostrar ineficaz ou até mesmo maléfico.

A legislação americana sobre o tema não é centralizada em uma só lei ou resolução, como no Brasil, mas sim em diversos regulamentos distintos. O que se percebe é a visão liberalista de mercado, protegendo principalmente a liberdade de expressão do comunicador. Logo, o mercado e a opinião pública são os principais reguladores da propaganda. O *Federal Communications Commission* (FCC) regulamenta as comunicações e preza pela liberdade dos consumidores, contra falas abusivas e intrusivas, podendo ajuizar ações quando necessário.²³

A legislação médica americana sobre publicidade médica é regulada de forma autônoma por estado, por meio de órgãos reguladores independentes que, ligados, formam uma federação de juntas estaduais.

A Associação Médica Americana (AMA) elaborou um código de ética profissional que possui abrangência nacional, porém, é obrigatório apenas aos seus associados.²⁴ Com a mesma lógica do Código de Ética Médica brasileiro, as Opiniões de Ética e Saúde da AMA tratam de diversos assuntos, estando entre eles a publicidade médica.

A opinião 9.6.1 da AMA trata da publicidade e *marketing* do médico americano e aponta, no seu primeiro parágrafo, que não existem restrições ao profissional, podendo ele se autopromover da forma que mais lhe convenha, desde que não contenha informações falsas e enganosas. O texto apresenta alguns conselhos ao médico, tal como o de ser claro e não agressivo na divulgação dos seus serviços, mas são apenas indicações e não determinações ou vedações. Ainda, sugere que o profissional deve informar ao paciente sobre a educação acadêmica do médico,²⁵ o

21. CHAUDHRY, loc. cit.

22. FARIAS; ROSENVALD; NETTO, loc. cit.

23. THE FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *The FCC's Mission*. Washington, DC [2017?]. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/about/overview>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

24. VIANNA, Jayme Augusto Rocha; ROCHA, Lys Esther. Comparação do código de ética médica do Brasil e de 11 países. *Rev. Assoc. Med. Bras.* São Paulo, v. 52, n. 6, p. 435-440, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000600025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2020.

25. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Opinion 9.6.1: Advertising & Publicity*. Code of Medical Ethics. Disponível em: <<https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/advertising-publicity>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

que pode ser comparado à norma brasileira que determina à classe brasileira apresentar o seu registro junto ao CRM e, se possuir, o RQE (Registro de Qualificação de Especialista).²⁶

Outra questão apontada no texto da AMA é a informação sobre a base de cálculo utilizada para o pagamento, com aparelhagem e serviços inclusos, além dos possíveis métodos de pagamento. Tal anúncio serve para evitar que o consumidor seja pego de surpresa com taxas além das estipuladas por causa de serviços específicos.²⁷ Necessário salientar que, no Brasil, o Decreto-lei 4.113/42²⁸ autoriza os médicos a anunciar, de forma pública, os preços dos procedimentos, no entanto existe a vedação no Código de Ética médico disposta no anexo da Resolução 1.974/11.

Ainda, percebe-se que as demais recomendações propostas nesse texto são similares ao que a resolução brasileira do CFM entende serem corretas e obrigatórias, tal como a impossibilidade de um profissional possuir uma técnica inovadora

26. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica (art. 117) Resolução CFM nº 1.974/11. Brasília: CFM, 2011. (arts. 2º e 5º).

Art. 117 Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, seu nome, seu número no Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito e Registro de Qualificação de Especialista (RQE) quando anunciar a especialidade. Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde, devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Art. 2º Os anúncios médicos deverão conter, obrigatoriamente, os seguintes dados:

a) Nome do profissional; b) Especialidade e/ou área de atuação, quando registrada no Conselho Regional de Medicina; c) Número da inscrição no Conselho Regional de Medicina; d) Número de registro de qualificação de especialista (RQE), se o for.

Parágrafo único. As demais indicações dos anúncios deverão se limitar ao preceituado na legislação em vigor.

Art. 5º Nos anúncios de clínicas, hospitais, casas de saúde, entidades de prestação de assistência médica e outras instituições de saúde deverão constar, sempre, o nome do diretor técnico médico e sua correspondente inscrição no Conselho Regional em cuja jurisdição se localize o estabelecimento de saúde.

§ 1º Pelos anúncios dos estabelecimentos de hospitalização e assistência médica, planos de saúde, seguradoras e afins respondem, perante o Conselho Regional de Medicina, os seus diretores técnicos médicos.

§ 2º Os diretores técnicos médicos, os chefes de clínica e os médicos em geral estão obrigados a adotar, para cumprir o mandamento do *caput*, as regras contidas no Manual da Codame, anexo.

27. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, op. cit.

28. BRASIL. Congresso. Senado. Decreto-lei nº 4.113, de 14 de fevereiro de 1942. Regula a propaganda de médicos, cirurgiões, dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/529199/publicacao/15720302>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

própria ou depoimentos de pacientes que podem ser tendenciosos e gerar uma expectativa de resultado.²⁹

A opinião 2.3.2 da AMA diz respeito ao uso das redes sociais pelo médico e como manter a ética profissional. Novamente, não há vedações impostas, mas sim sugestões de como se portar no ambiente virtual, além de ser incentivada a utilização:

A participação em redes sociais favorecem a expressão própria dos médicos, possibilitando-os a ter uma presença profissional online, além de promover da colegialidade e camaradagem dentro da profissão e proporcionar oportunidades para disseminar mensagens sobre saúde pública e outros temas relevantes. (tradução nossa)³⁰ (sic)

Interessante apontar que, apesar de estimular o uso das mídias sociais, a AMA demonstra preocupação na relação médico-paciente, pois é necessário que o médico considere possíveis cenários para manter a sua publicidade *on-line*, evitando a publicação de informações sigilosas de pacientes, sem que seja separado seu perfil pessoal do profissional.

2.2. A publicidade médica em Portugal

Ao se estudar o panorama publicitário em Portugal, pode-se erroneamente esperar, num primeiro momento, que o mercado publicitário seja similar ao brasileiro, em razão da semelhança dos ordenamentos jurídicos. Contudo, nota-se que o mercado de consumo é menor em determinados aspectos e, além disso, considerado mais reservado, refletindo na publicidade médica.³¹

Assim como no Brasil, há em Portugal um órgão regulador da atividade médica denominado Ordem dos Médicos (OM)³², que possui um código de ética de abrangência nacional e de obrigatoriedade para todos os médicos do país. No

29. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, loc. cit.

30. "Participating in social networking and other similar opportunities can support physicians' personal expression, enable individual physicians to have a professional presence online, foster collegiality and camaraderie within the profession, provide opportunities to widely disseminate public health messages and other health communication". AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Opinion 2.3.2: Professionalism in the Use of Social Media*. Code of Medical Ethics. Disponível em: <<https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/professionalism-use-social-media>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

31. ARAÚJO, Viton. Publicidade em Portugal: fértil, enxuta e sem autopromoção. [Entrevista concedida à] Renato Rogenski. *Meio & Mensagem*. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/04/04/publicidade-em-portugal-fertil-enxuta-e-sem-autopromocao.html>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

32. PORTUGAL. *Regulamento 707/2016, de 20 de maio de 2016*. Regulamento de Deontologia Médica. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/75007439/details/maximized>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

entanto, foi a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) que constatou a existência de práticas publicitárias médicas lesivas aos direitos dos consumidores portugueses e trouxe regulamentação a respeito.

Elaborou-se a Recomendação nº 1/2014, com normas sobre propagandas relativas à saúde. Importante salientar que já existiam normas sobre publicidade médica específica para remédios e produtos de saúde, além da publicidade institucional do Estado. Portanto, o que não se encontrava nessas diretrizes, não possuía regulamentação.³³ Posteriormente à recomendação, os legisladores portugueses elaboraram o Decreto-lei nº 238/2015, emitido pelo Ministério da Saúde, que "estabelece o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde e os princípios gerais a que as mesmas devem obedecer, e enuncia as práticas consideradas enganosas neste âmbito."³⁴ Cabe à ERS fiscalizar e instruir os processos de violação, cuja responsabilidade de aplicação das multas e demais sanções incumbe ao conselho administrativo da entidade³⁵

No artigo 3º do Decreto-lei, são descritos os princípios orientadores das práticas de publicidade médica. São eles: transparência, fidedignidade e licitude, objetividade e rigor científico. Tais princípios dão forma aos demais artigos e apresentam o que deve ser feito na publicidade. Já no artigo 7º, são previstas vedações da prática publicitária médica como a proibição daquelas que possam induzir o paciente ao erro, quando este adotar uma decisão influenciada pela propaganda.³⁶

Enquanto na regulação brasileira há todo um trâmite a ser seguido, que se inicia com a repreensão individual ao profissional da saúde, não ocorre o mesmo nas terras lusitanas. A primeira medida do regime sancionatório é a multa, que varia consoante ao que foi violado, sendo seu mínimo de 250 (duzentos e cinquenta euros) a até 44.891,81 € (quarenta e quatro mil, oitocentos e noventa e um euros e oitenta e um cents).³⁷ Ainda, podem ser aplicadas sanções como apreensão de bens utilizados nas publicidades ilegais, interdição temporária da atividade profissional do médico e privação do direito outorgado pela entidade reguladora por até 2 (dois) anos.

A fim de complementar o decreto-lei vigente, a ERS emitiu o Regulamento nº 1.058/2016, que fixa um limite concreto às informações repassadas ao público-alvo

33. PINHO, Rita Roque de. Publicidade em Saúde: da emoção à razão. *News Farma*. 2020. Disponível em: <<https://www.newsfarma.pt/artigos/3470-publicidade-em-sa%C3%BAdeda-emo%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-raz%C3%A3o.html>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

34. PORTUGAL. *Decreto-lei 238/2015, de 14 de outubro de 2015*. Estabelece o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/70686132/details/maximized?p_auth=qOxNm5UX>. Acesso em: 15 jan. 2020.

35. Id.

36. PORTUGAL, 2015, loc. cit.

37. Id.

dos anúncios.³⁸ Para a elaboração do projeto de texto, por meio de uma consulta pública, os interessados tiveram a oportunidade de exprimir suas opiniões no site da ERS, tornando todo o processo de regulamentação mais democrático. Salienta-se que o texto não diz respeito apenas aos médicos registrados na ERS, mas para a classe em geral, sendo essa diferença apontada somente quando se determina os elementos de identificação como o registro, a licença e a localização geográfica do estabelecimento objeto da publicidade.³⁹

Ademais, novamente se apresenta a questão do preço do serviço prestado, sendo possível oferecer descontos e até mesmo a gratuidade em algum ponto. Somente deve ser levado em conta a clareza ao especificar quais serviços possuem tais características. Destaca-se neste diploma, no artigo 1º, a previsão quanto à aplicação do regulamento em quaisquer práticas de publicidade, seja ela tradicional ou pela internet.⁴⁰

Salienta-se que esse diploma foi elaborado em um momento propício das redes sociais no mundo, e continua sendo relevante, uma vez que 95% dos portugueses têm se conectado em uma delas e passado, pelo menos, 93 minutos por dia navegando em 2019.⁴¹ Portanto, os legisladores apreciaram a questão midiática digital juntamente com a publicidade tradicional, conforme se observa no artigo 1º, não sendo necessária a elaboração de um documento à parte como foi feito no Brasil, visto que a legislação brasileira do tema é anterior ao *boom* das redes sociais.

Neste ambiente virtual, percebe-se a prática mais recorrente de algumas vedações para atrair a atenção do possível consumidor, como o uso de imagens dos resultados de tratamentos feitos nos pacientes ou até mesmo o testemunho destes. Embora Portugal não tenha especificado taxativamente as práticas vedadas na publicidade, sendo necessária fazer a interpretação da norma, quando se analisa o princípio da objetividade, percebe-se que não há de fato a necessidade de se elencar um rol de vedações, uma vez que determina que a publicidade deve ser “redigida de forma clara e precisa, e deve conter todos os elementos considerados adequados e necessários ao completo esclarecimento do utente”.⁴²

Ainda englobado neste princípio, a proibição do uso de testemunhos ou afirmações que possam criar expectativas potenciadoras de perigo ou potencialmente

38. PORTUGAL. Regulamento 1058/2016, de 24 de novembro de 2016. Regulamento do regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/75796236/details/normal?l=1>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

39. Id.

40. Id.

41. FALCÃO, Manuel. O estado de Portugal em matéria de redes sociais. Disponível em: <<https://www.dinheirovivo.pt/opiniao/o-estado-de-portugal-em-materia-de-redes-sociais/>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

42. PORTUGAL, 2015, loc. cit.

ameaçadoras para integridade física ou moral do indivíduo demonstra a preocupação de mensagens enganosas por meio de indicações de outros pacientes.⁴³

No que diz respeito à prática do “antes e depois”, comumente utilizada nas redes sociais para demonstrar os resultados da intervenção médica no paciente, pode ser encaixada na vedação apresentada no artigo 7º em que se coíbe a mensagem que possa induzir em erro o paciente ao apresentar “demonstrações ou garantias de cura ou de resultados ou sem efeitos adversos ou secundários”.⁴⁴

Assim como no Brasil, se faz obrigatório o uso de elementos de identificação do profissional na propaganda a fim de se garantir a proteção do direito à saúde e informação do paciente. A preocupação sobre a identificação do profissional pode ser observada no artigo 4º – a ilicitude da publicidade na qual o profissional não cumpra os requisitos de atividade e funcionamento ou não esteja registrado na ERS ou não possua a licença – e no artigo 7º do mesmo diploma, que proíbe a propaganda cuja qualificação seja enganosa.⁴⁵

Ao observar as regulações publicitárias destes países, percebe-se que pretendem alcançar a mesma finalidade ética no que tange aos princípios da licitude, veracidade, transparência e completude na publicidade médica, atendendo assim à demanda da divulgação do profissional e, ao mesmo tempo, informando corretamente a população sobre cuidados médicos. Com estes apontamentos, resta a análise da regulamentação brasileira.

3. A regulação da publicidade médica no Brasil e os reflexos na seara da responsabilidade

A publicidade e a propaganda médica no Brasil são reguladas tanto por normas jurídicas como éticas, e com forte controle por parte dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, que possuem atribuição regulamentar e disciplinar amparada na Constituição Federal (art. 5º, XIII) e na Lei nº 3.268/1957,⁴⁶ que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e na Lei nº 12.842/2013, que versa sobre o exercício da Medicina. O objetivo é zelar e promover o bom desempenho ético da Medicina e de seus profissionais.

Em qualquer atividade que utiliza esses veículos para atrair público, deve-se observar as normas regulatórias do setor e de concorrência.⁴⁷ E, em se tratando de

43. Id.

44. Id.

45. PORTUGAL, 2015, loc. cit.

46. A Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004.

47. Aplica-se a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

relação de consumo, quando presentes as figuras do consumidor e do fornecedor, nos termos dos artigos 2º, 3º, 17, 29, todos do CDC, aplicar-se-á as normas consumeristas de ordem pública que vedam a prática de publicidade enganosa e abusiva (artigos 6º, IV, 30, 31, 35, 36, 37, 38, todos do CDC), cuja inobservância pode dar ensejo à sanção (artigos 56, 60, 67, 68, 69, todos do CDC).

A atividade da medicina também atrai a prática da publicidade e propaganda, seja com intuito informacional para atender os interesses da população em geral – saúde pública –, seja pelo setor farmacêutico, e até mesmo pelos próprios médicos, profissionais de saúde para divulgarem seus serviços e áreas de atuação entre o grande leque de especialidades hoje existente.

Atualmente, com a pandemia do coronavírus, a COVID-19,⁴⁸ declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS),⁴⁹ e que deu ensejo à declaração do estado de emergência da saúde pública,⁵⁰ a publicidade médica com fins informacionais teve um aumento substancial, revelando sua grande importância para população. O governo,⁵¹ as associações, a imprensa, os jornais de grande circulação, as sociedades brasileiras na área da saúde, a OMS,⁵² de forma global, têm utilizado os meios de comunicação em massa para informar a população acerca dos cuidados com higiene pessoal para evitar o contágio com o vírus, revelando o papel fundamental da divulgação para esclarecimento e proteção da saúde, da vida humana. Nesse ponto, é relevante o cuidado com as notícias sem fundamento e que faltam com a verdade, sob pena de enquadrar em publicidade enganosa. Além disso, os médicos começaram

econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

48. A respeito do tema merece a leitura: NOGAROLI, Rafaella. **Breves reflexões sobre a pandemia do Coronavírus (COVID-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde.** Revista dos Tribunais. vol. 1015/2020 – Maio/2020.
49. MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
50. BRASIL. **Lei nº 13.979/20, de 6 de fevereiro 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
51. SIQUEIRA, Carol. Governo anuncia medidas de combate à pandemia de coronavírus. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/646385-governo-anuncia-medidas-de-combate-a-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
52. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

a divulgar a possibilidade de prestar seus serviços por meio da telemedicina⁵³ que, nesse período, foi novamente regulada⁵⁴ para atender os pacientes a distância não só por motivo de evitar contágio, superlotação dos hospitais, como em razão do isolamento social imposto pelas autoridades diante da situação de calamidade pública decretada⁵⁵ e que, por isso, os pacientes precisarão de acompanhamento não presencial. Nesse aspecto, deve-se atentar para os limites ainda existentes não só quanto ao uso da telemedicina, a fim de não acarretar infração ética, seja pela inadequada prestação do serviço, mas também em relação à forma de anúncio do oferecimento desse serviço. Diversas questões têm suscitado dúvidas, seja no que se refere à possibilidade e forma de cobrança pelos serviços prestados a distância, seja quanto ao cabimento da realização de propaganda do oferecimento de serviço de telemedicina gratuito pelo médico particular. As resoluções do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, respectivamente, Resolução CRM-DF nº 453/2020⁵⁶ e Resolução CREMERJ nº 305/2020,⁵⁷ já trataram do tema, apontando a possibilidade, devendo ser observadas as normas éticas, inclusive, o

53. A respeito do tema, vale a leitura da coluna do Migalhas em que Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Aline Miranda Valverde tratam do tema Telemedicina no sistema privado de saúde: quando a realidade se impõe. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/322083/telemedicina-no-sistema-privado-de-saude-quando-a-realidade-se-impoe>>. Acesso em: 26 mar. 2020.
54. A Telemedicina sempre foi tratada pelo Conselho Federal de Medicina de forma restrita, na Resolução nº 1.643/2002 do CFM e no Código de Ética Médica (art. 37), tendo recentemente, em virtude do coronavírus, expedido o OFÍCIO CFM Nº 1.756/2020 – COJUR, em caráter de excepcionalidade e enquanto durar a batalha de combate ao contágio da COVID-19, reconhecendo tão somente a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina, além do disposto na Resolução CFM nº 1.643, de 26 de agosto de 2002, apenas no âmbito da teleorientação, telemonitoramento e teleinterconsulta. O Ministério da Saúde, por sua vez, editou a Portaria MS nº 467/2020, que regulou em caráter restrito e temporário sobre as ações da telemedicina para enfrentar a emergência da saúde pública de importância prevista no art. 3º da Lei nº 13.979/2020.
55. BRASIL. **Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.** Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
56. Art. 4º A forma de remuneração médica, quando aplicável, deve ser acordada diretamente entre o médico e o paciente ou de acordo com o contrato firmado entre o profissional e os planos de saúde, respeitado o disposto no Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/DF/2020/453>>.
57. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **RESOLUÇÃO CREMERJ Nº 305/2020, de 26 de março de 2020.** Dispõe sobre o atendimento médico por Telemedicina durante a pandemia de SARS-CoV2/COVID-19. Disponível em: <<https://www.cremelj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1435>>. Acesso em: 28 mar. 2020. Art. 8º Fica a critério médico a cobrança de seus honorários conforme valores definidos previamente à consulta, sendo possível a utilização de termo de consentimento.

Código de Ética Médica, que regula a remuneração profissional nos artigos 58 a 72, com especial atenção para pacientes que têm planos de saúde. E, em caso de anúncio de gratuidade, deve-se atentar à proibição estabelecida no artigo 1º, VI, do Decreto-Lei nº 4.133/42, e no art. 71 do Código de Ética Médica, que será mais abordada posteriormente.

Quando a publicidade se dirige à Medicina, deve ocorrer de forma diferenciada, pois não se está diante de um serviço de natureza patrimonial como um serviço de pintura, de construção. O serviço médico envolve a saúde, a vida humana e, a despeito de haver remuneração quando diante de prestação privada,⁵⁸ tem natureza preponderantemente existencial.⁵⁹ Por isso, a mola propulsora da publicidade médica deve ser a de divulgar de forma educativa, elucidativa os assuntos médicos, e não o sensacionalismo, a autopromoção do profissional médico.

A publicidade médica no Brasil é regulada por diversas normas, seja por leis específicas como o Decreto nº 20.931/32,⁶⁰ como a Lei nº 3.268/57,⁶¹ como o Decreto-lei nº 4.113, de 14 de fevereiro de 1942, que disciplina a propaganda de médicos,

§ 1º A Telemedicina é uma alternativa e caso o paciente ou o médico percebam a necessidade da avaliação presencial, esta deve ser sugerida e/ou oferecida.

§ 2º Caso o paciente não aceite a cobrança dos honorários médicos através da Telemedicina, deve recorrer à consulta presencial ambulatorial ou hospitalar.

58. "O médico poderá assumir várias posições: empregado, empresário, sócio de sociedade, associado, conveniado, profissional liberal, servidor público estadual ou federal, contratado temporário pelo poder público, militar, ou até mesmo ocupar todas essas posições ao mesmo tempo." PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

59. "A relação médico-paciente apresenta algumas peculiaridades pois, apesar do aspecto patrimonial que consiste no pagamento pela prestação de um serviço profissional especializado, dela emanam diversos direitos e deveres jurídicos atinentes a valores existenciais, tais como: direitos e deveres do paciente (direito de recusa a tratamento e intervenção médica; direito de não ser informado; direito de sigilo; dever de informar o médico acerca de seu histórico médico; dever de observar as prescrições médicas); deveres e direitos do médico (dever de cuidado; dever de sigilo e abstenção; dever de informar; direito de exercer com autonomia e liberdade sua profissão). Embora sem expressão econômica direta, tais direitos são merecedores privilegiados de tutela, já que são vinculados à dignidade da pessoa humana e à personalidade humana." PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15.

60. DECRETO Nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas.

61. BRASIL. Lei nº 3.268/57, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020.

cirurgiões, dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos ou como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, seja por leis de maior espectro de incidência como o Código de Defesa do Consumidor, entre outras.

Em se tratando de relação médico-paciente, a despeito do crescimento de corrente doutrinária pela não aplicação do CDC,⁶² haja vista a especificidade dessa atividade e afastamento pelo Código de Ética Médica,⁶³ a maioria da doutrina⁶⁴ e a própria jurisprudência pátria⁶⁵ têm se inclinado pela incidência das normas consumeristas, pelo que deve observar as normas do CDC atinentes à oferta e publicidade de serviços.

O Decreto-lei nº 4.113/1942 é expresso quanto às proibições dirigidas aos médicos, pelo que veda em seu artigo 1º diversos tipos de anúncio⁶⁶, entre eles, destacam-se os atinentes à prestação de seus serviços como: i) exercício de mais de duas especialidades, sendo facultada a enumeração de doenças, órgãos ou sistemas compreendidos na especialização; ii) consultas por meio de correspondência, da imprensa, de caixa postal, de rádio ou de processos análogos; iii) prestação de serviços gratuitos, em consultórios particulares; iv) realização de agradecimentos reiterados, manifestados por clientes e que atentem contra a ética médica.

62. Em sentido contrário: SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do Erro à culpa: Na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 95-96. SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44. NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. *Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento*. Revista dos Tribunais. v. 997/2018, p. 105-134. Nov./2018.

63. Capítulo 1 – Princípios fundamentais: XX – A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

64. MARQUES, Claudia Lima. *A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.

65. TJMG. Apelação Cível nº 1.0134.07.090814-7/001. Relator: Des.(a) Cabral da Silva. Data do Julgamento: 22/10/2013. Data da Publicação: 01/11/2013.

TJBA. Agravo de Instrumento nº 0013349-02.2016.8.05.0000. Segunda Câmara Cível. Relator: Mauricio Kertzman Szporer.

66. A extensão da palavra anúncio pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária está expressa no artigo 18: "Artigo 18 Para os efeitos deste Código: a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante; a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou idéias que sejam promovidos pela publicidade; a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário".

No entanto, a lei permite que os médicos anunciem seus títulos científicos, o preço da consulta, as referências genéricas à aparelhagem (raio X, rádio, aparelhos de eletricidade médica, de fisioterapia e outros semelhantes) e que divulguem, pela imprensa ou pelo rádio, conselhos de higiene e assuntos de medicina ou de ordem doutrinária, sem caráter de terapêutica individual (parágrafo 2º).

Os anúncios publicitários, incluindo qualquer meio de veiculação de acordo com o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, devem, além de observar a legislação pátria aplicável, ocorrer de forma verdadeira, transparente e honesta em respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar, observar o papel de responsabilidade social. Aos anunciantes, às agências de publicidade e ao veículo de divulgação, recai a responsabilidade junto ao consumidor pelos anúncios, podendo ser penalizados por meio de advertência, recomendação de alteração ou correção de anúncio ou até mesmo retirada da divulgação pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.⁶⁷

No que diz respeito aos anúncios com uso de imagens ou citações de pessoas vivas, o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária não veda, mas vincula a autorização prévia e expressa. No que se refere aos anúncios de valores de produtos, que englobam serviços (art. 18), conforme determina o Código, deve ser real, sem comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: devendo o uso da expressão “grátis” ser usado quando de fato não tiver custos para o consumidor. E, quando veiculado anúncio por profissionais liberais, com profissão definida e regulamentada em lei, deve conter o nome do anunciante, seu título profissional, sua especialidade, seu endereço e o número de seu registro na respectiva Ordem ou Conselho, o que também é determinado nas normas editadas pelos Conselhos profissionais, como o CFM.⁶⁸ A aplicação do código à publicidade médica deve observar em conjunto as normas específicas e ser interpretada à luz das restrições éticas existentes.

67. Artigo 50 – Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: advertência; recomendação de alteração ou correção do Anúncio; recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. § 1º – Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em processo regular. § 2º – Compete privativamente ao Conselho Superior do CONAR alterar as disposições deste Código, bem como alterar, suprimir e acrescentar-lhe Anexos.

68. Código de Ética Médica: Art. 117 Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, seu nome, seu número no Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito e Registro de Qualificação de Especialista (RQE) quando anunciar a especialidade. Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde, devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Para além da legislação pátria, existem normas de cunho deontológico editadas pelos Conselhos de Medicina,⁶⁹ em especial, o Conselho Federal, que estabelece restrições de cunho ético aos médicos e às organizações de prestação de serviços médicos, e que orientam por meio de manuais de publicidade,⁷⁰ com destaque para a Resolução nº 1.633/2002, que dispõe sobre a proibição de matérias publicitárias, vinculadas à área médico-hospitalar e afins, nos jornais e revistas editados pelos Conselhos de Medicina; a Resolução nº 1.974/2011, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria; o Código de Ética Médica, entre outras.⁷¹

A entrada em vigor da Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, gerou o questionamento se afetaria as regras emanadas pelos Conselhos de Medicina para regular a publicidade e propaganda médica, já que devem ser asseguradas a liberdade e menos intervenção estatal nas atividades econômicas, pelo que o art. 4º, VIII, da referida lei, estabelece ser dever da administração pública e demais entidades evitar o abuso no poder regulatório de maneira a restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal. No entanto, a própria lei ressalva os casos em que existe previsão de lei expressa regulamentando, que é o que ocorre com a atividade médica, seja por lei em sentido estrito, seja por normas deontológicas, que têm força normativa e são editadas com amparo na própria Constituição Federal que confere poder de polícia ao Conselho Profissional (art. 5º, XIII). As resoluções dos Conselhos Regionais e Federal se alicerçam em princípios éticos que visam evitar a concorrência desleal, a autopromoção, o sensacionalismo e a mercantilização da Medicina, evitando publicidade e anúncios abusivos.

69. Destaca-se a Resolução do CREMERJ nº 12/1987, que estabelece normas a serem seguidas por estabelecimentos de saúde quanto à questão de divulgação de publicidade médica.

70. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Manual de Publicidade de Assuntos Médicos**. Disponível em: <<http://www.cremerj.org.br/publicacoes/download/87>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

71. Merece fazer menção à Resolução do CFM nº 2.129/15, que estabelece normas e fixa o valor para disponibilização de informações, por meio de Web Services, relativas à situação profissional dos médicos; à Resolução nº 1.836/2008, que veda ao médico o atendimento de pacientes encaminhados por empresas que anunciem e/ou comercializem planos de financiamento ou consórcios para procedimentos médicos; à Resolução nº 1.595/2000, que proíbe a vinculação da prescrição médica ao recebimento de vantagens materiais oferecidas por agentes econômicos interessados na produção ou comercialização de produtos farmacêuticos ou equipamentos de uso na área médica; e à Resolução nº 788/1977, que determina aos Conselhos Regionais de Medicina que, em caso de publicidade de organização ou pessoa jurídica que não obedeça às Resoluções do CFM, seja instaurado processo ético-profissional contra o respectivo Diretor-médico e principal responsável. (DOU, Seção I, parte II, de 20-06-77).

O Conselho Federal de Medicina já se pronunciou no sentido de não incidência da Lei de Liberdade Econômica na publicidade médica,⁷² já que não se trata de atividade econômica/financeira, além de ter lei própria disciplinando, o Decreto-Lei nº 4.113/42. Logo, permanece a incidência das resoluções do CFM acerca do tema, já que tem atribuição regulatória (artigo 5º, alínea “d”, da Lei nº 3.268/57) e as normas editadas visam à proteção da saúde da população e ao perfeito desempenho ético da Medicina (artigo 2º da Lei nº 12.842/2013, Lei do Ato Médico).⁷³

Anúncio médico, nas palavras de Genival França⁷⁴ é “a comunicação ao público, por qualquer meio de divulgação, de atividades profissionais por iniciativa, participação e anuência do médico.” Não há ilicitude na publicidade médica, mas esta deve observar todas as normas pertinentes, ocorrer de forma clara, transparente, com informações verídicas veiculadas sem ambiguidade.

O Código de Ética Médica dispõe acerca da publicidade médica nos artigos 111 a 117 e estabelece restrições aos anúncios médicos que deve ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

No que tange à publicidade médica nas mídias sociais, definidas pelo próprio CFM, como *sites, blogs, Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, WhatsApp* e similares, algumas alterações ocorreram no ano de 2015, com a Resolução nº 2.126/2015 do CFM. No entanto, independentemente dos ajustes efetuados pela referida resolução, ainda não atende ao novo contexto cibernético, o que impõe uma releitura. Não foi por outro motivo que foi aberto processo de consulta pública pelo CFM para colher sugestões de médicos e entidades representativas do segmento tendo por objetivo o aperfeiçoamento das normas que regulamentam a propaganda e a publicidade médicas.⁷⁵

Entre as restrições que envolvem a publicidade médica ganham destaque: i) a exposição da imagem⁷⁶ do paciente pelos médicos; ii) a reprodução pelo paciente

dos serviços médicos em mídias sociais; iii) os valores divulgados de consulta; e iv) as especialidades médicas divulgadas.

A Resolução nº 2.126/2015 do CFM que alterou o art. 13 da Resolução nº 1.974/2011 veda ao médico e aos estabelecimentos de assistência médica publicarem nas mídias sociais autorretrato (*selfie*), imagens e/ou áudios que caracterizem sensacionalismo, autopromoção ou concorrência desleal, bem como a publicação de imagens do “antes e depois” de procedimentos. Essa previsão está em consonância com o artigo 3º, alínea “g”, da Resolução 1.974/2011, que proíbe o médico de “expor a figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo”, salvo em trabalhos científicos com autorização manifesta do paciente ou seu representante legal (art. 10) e o artigo 75 do Código de Ética Médica, que proíbe aos médicos “fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.”

A exposição de pacientes em anúncios publicitários, em qualquer tipo de veículo, sempre foi vedada pelas normas éticas cuja *ratio* é a proteção do paciente, respaldado no dever de sigilo médico, na privacidade do paciente, na impossibilidade de mercantilização da profissão e não poder a imagem de outros pacientes ser usada para captar clientela. Além disso, essa conduta poderia atrair uma obrigação de resultado, inclusive para outros casos. O uso de imagem de paciente é, portanto, proibida, mesmo que o paciente autorize, como já se pronunciou o CFM em Despacho nº 143/2019. A autorização não afasta a ilicitude do ato, pois o que se busca é o sigilo médico, a privacidade do paciente, evitando que a identificação do paciente sirva para “angariar” clientela em razão de eventual influência, até porque é vedada a mercantilização da profissão.

A divulgação de imagem de paciente já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário em razão de pedido formulado por uma médica para suspender processo ético-disciplinar instaurado pelo Conselho de Medicina em razão da prática de conduta proibida pela Resolução nº 1.974/2011, consubstanciada na exposição da figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo. A decisão liminar da 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF) foi no sentido de dar direito à médica de utilizar imagens do tipo “antes e depois” em propagandas e publicidades relativas aos seus serviços. O Conselho Federal de Medicina recorreu desta decisão, o que foi acolhido pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que suspendeu a decisão liminar. Um dos fundamentos da decisão foi que cabe ao médico se submeter à disciplina deontológica estabelecida pelo

72. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM informa: regras de publicidade e propaganda médicas permanecem válidas. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28448:2019-09-25-19-28-50&catid=3>. Acesso em: 25 mar. 2020.

73. BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

74. FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Ética Médica. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 275.

75. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM realiza consulta pública sobre publicidade médica até o início de março. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28582:2020-01-31-18-53-25&catid=3>. Acesso em: 25 mar. 2020.

76. A respeito do tema, cabe fazer referência à Resolução nº 148/2006 do CRM-PR, que define normas para elaboração de documentação científica de exposição de imagens televisivas de pacientes, destinadas ao público leigo, e que veda a divulgação de qualquer documentação,

seja por fotografia ou por imagens dinâmicas de forma comercial pelo profissional médico envolvido no caso (art. 7º).

seu órgão profissional, o que independe de eventual abuso ser reprimido pela lei civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor decorrente de relações contratuais do médico com o seu paciente. Além disso, ressaltou que a divulgação de imagens de pessoas pelas redes sociais, além de configurar captação de clientela, causa malefícios e dissabores.

Outra forma de publicidade médica, que é vedada, é a que ocorre por via transversa, quando o próprio paciente ou terceiros expõem sua imagem e o médico apenas republica. Esses casos estão regulados pelo art. 13, parágrafo 4º, da Resolução nº 1.974/2011, aplicável, principalmente em razão das novas ferramentas digitais, quando os pacientes ou terceiros em suas mídias sociais publicam de modo reiterado e/ou sistemático suas imagens mostrando o “antes e depois”, elogios a técnicas e resultados. É o que ocorre, por exemplo, quando os pacientes publicam em suas páginas sociais e os médicos repostam nos *stories* do *Instagram* ou no *feed* de notícias, compartilhamentos em *Facebook*, entre outros métodos. Nesses casos, caberá aos Conselhos Regionais de Medicina investigar. Essa restrição está em consonância com o Decreto-lei nº 4.113/42, que proíbe os médicos de anunciar “sistematicamente, agradecimentos manifestados por clientes e que atentem contra a ética médica” (art. 1º, VII).

A questão já foi analisada pela Coordenação Jurídica (Cojur) do Conselho Federal de Medicina em Despacho nº 694/2016,⁷⁷ que concluiu que o médico, em sua rede social, poderia fazer uso desta publicação (compartilhamento ou deixar ser marcado), desde que tais publicações não sejam feitas de forma reiterada e/ou sistemática e o médico cumpra o disposto no Decreto-lei nº 4.113/1942 e na Resolução CFM nº 1.974/2011, o que será avaliado pelo princípio da razoabilidade.

Outra matéria regulada que envolve anúncio médico é a divulgação de preços de consultas, de valores de tratamentos, principalmente quando envolve desconto. A Medicina não pode ser exercida com um viés mercantilista (art. 58 do Código de Ética Médica), o que não impede que o profissional médico cobre os honorários pelos serviços prestados, desde que o faça de acordo com o trabalho desempenhado, os costumes do local e as condições econômicas do paciente. O valor dos honorários não pode estar atrelado ao êxito do serviço (art. 62 do CEM), tendo em vista as vicissitudes decorrentes das reações do organismo humano e se tratar a atividade de uma obrigação, em regra, de meio e não de resultado, sendo relevante o recrudescimento do dever de informar como critério diferenciador do vínculo obrigacional estabelecido entre médico e paciente. Mas como anunciar os valores de consulta, procedimentos? É possível divulgar parcelamento de honorários?

77. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Despacho COJUR n. 694/2016. Uso de publicação de paciente na rede social do médico. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/despachos/BR/2016/694_2016.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

A divulgação de preços e de parcelamentos⁷⁸ não pode ser utilizada como forma de angariar clientes, como modalidade de propaganda, concorrência desleal. Por isso, o artigo 71 do CEM veda ao médico “oferecer seus serviços profissionais como prêmio qualquer que seja sua natureza”, o que inclui a proibição de fazer propaganda de atendimento gratuito em consultório particular (art. 1º, VI, Decreto-Lei nº 4.133/1942). No entanto, no que diz respeito ao anúncio do preço de consulta, por exemplo, o art. 1º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 4.113/42 permite, muito embora as disposições gerais do Anexo I da Resolução nº 1.974/2011 do CFM proibam aos médicos divulgar os preços de procedimentos, de modalidades aceitas de pagamento, de parcelamento ou de descontos.

O CFM já se pronunciou no Parecer nº 10/2016⁷⁹ que é “vedado ao médico ofertar ao público, por meio das mídias sociais, serviços a preços de custos e com modalidades aceitas de pagamento, estimulando a sua procura e angariando clientela.”

Outra forma corriqueira de anúncios na área médica é a menção à especialidade que muitas vezes os médicos sequer possuem. Ou, mesmo que não anunciem de forma direta, alguns profissionais se restringem à atuação em uma determinada área e só divulgam sobre ela, passando a ideia para o consumidor de que possui especialidade, muito embora não tenha passado por todo o processo de aprimoramento para obtenção do título.

As normas deontológicas (Resolução nº 1.974/2011), o Decreto 20.931/32⁸⁰ e a Lei 3.268/57⁸¹, vedam a divulgação pelo profissional médico de títulos de

78. Parecer-Consulta CRM-PR nº 774/96, assim se expressou: “Os Contratos celebrados através de empresas especializadas em convênios médicos e outros com fulcro no parcelamento antecipado dos componentes financeiros que envolvem uma cirurgia, bem como a divulgação de valores cobrados, e também os atos médicos que venham a traduzir comércio puro da medicina e exploração do trabalho médico por terceiros com objetivo de lucro, tipificam infração ao Código de Ética Médica.” Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/1996/774>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

79. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Parecer nº 10/2016. Divulgação de prestação de serviços médicos mediante doações. Relator: José Albertino Souza. Disponível em: <<http://old.cremj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=1026&item=2>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

80. Art. 10. “Os que, mediante anúncios ou outro qualquer meio, se propuserem ao exercício da medicina ou de qualquer dos seus ramos, sem título devidamente registrado, ficam sujeitos, ainda que se entreguem excepcionalmente a essa atividade às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da medicina.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20931.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

81. Art. 20. “Todo aquele que mediante anúncios, placas, cartões ou outros meios quaisquer, se propuser ao exercício da medicina, em qualquer dos ramos ou especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

pós-graduação caso não tenha vínculo específico com a especialidade registrada perante o CRM, mesmo que tenha sido efetuada em instituições oficiais ou por estas credenciadas; proíbem a divulgação de especialidade ou área de atuação não registradas no Conselho Regional de Medicina ou que não sejam reconhecidas pela Comissão Mista de Especialidades⁸² (CFM/AMB/CNRM/MEC) e para o qual o médico não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina⁸³ (art. 114 do Código de Ética Médica⁸⁴). Além disso, é proibido ao médico, quando não especialista, divulgar tratamento de sistemas orgânicos, órgãos ou doenças específicas por induzir a confusão com divulgação de especialidade.

O exercício de atos de especialidades não é vedado,⁸⁵ pois o médico tem conhecimento para atuar em qualquer área da Medicina,⁸⁶ apenas divulgar ter o título

82. O rol de especialidades médicas está previsto na Resolução nº 2.221/2018 do CFM.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.220/2018 Dispõe sobre o Registro de Qualificação de Especialidade Médica em virtude de documentos e condições anteriores a 15 de abril de 1989.

83. O anúncio de especialidades em receituário médico ou carimbo quando o médico não tem o título de especialista constitui infração por estar anunciando indevidamente uma especialidade. É, portanto propaganda enganosa, mesmo que público restrito, conforme Parecer-Consulta CFM nº 06/95. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/1995/6_1995.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

84. Artigo 114 — Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217/18. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

85. AÇÃO POPULAR. Pretensão à declaração de nulidade do contrato de nº 103/2015 referente à contratação de empresa com serviços médicos especializados em ginecologia e obstetria. Questiona-se o fato de a habilitação não exigir conclusão do curso de especialização. Requisitos de habilitação discricionários da autoridade administrativa. O exercício da Medicina não pode ser limitado a existência de especialização. Vedação do Código de Ética da Medicina referente à publicidade de profissionais sem especialização. Procedimento licitatório realizado dentro dos ditames legais da Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 8.666/1993. Ausência de má-fé para fins de condenação de ônus sucumbenciais. Apelação dos autores não provida. Apelação do Município de Ouroeste não provida. Remessa necessária não provida. (TJSP, VOTO Nº 27139, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1000677-69.2017.8.26.0696, FORO DE ORIGEM: OUROESTE, Relator(a): Fermino Magnani Filho, 5ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 23/06/2019.)

86. Nesse sentido, o Parecer nº 17/2004 do CFM, que tem a seguinte ementa: “Os Conselhos Regionais de Medicina não exigem que um médico seja especialista para trabalhar em qualquer ramo da Medicina, podendo exercê-la em sua plenitude nas mais diversas áreas, desde que se responsabilize por seus atos e, segundo a nova Resolução CFM nº 1.701/2003, não as propague ou anuncie sem realmente estar neles registrado como especialista.” Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2004/17_2004.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

sem ter passado pelo processo de especialização e registro que constitui infração ético-disciplinar e pode ser enquadrado como propaganda enganosa.

Na dúvida de alguma conduta, os profissionais médicos devem consultar a Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame) dos Conselhos Regionais de Medicina, até porque muitas indagações surgem a fim de compatibilizar a publicidade médica com as normas deontológicas, principalmente com o amplo leque das mídias sociais. Cabe ressaltar que em dois pareceres do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal⁸⁷ já se pronunciou sobre a recomendação de que os médicos consultem a COMADE, em razão das diversas possibilidades de divulgação de assuntos médicos nas mídias sociais, devendo cada caso ser avaliado conforme suas especificidades.

É importante ressaltar que as resoluções do CFM, apesar de gozarem de força normativa, não podem desprezar as normas e os princípios constitucionais, cabendo indagação se podem contrariar leis infraconstitucionais gerais. A rigidez com quem têm atuado os Conselhos de Medicina em matéria de publicidade médica, e a existência de normas antigas e não atualizadas com os avanços biotecnológicos e tecnológicos, podem acabar acarretando aplicação de sanções, como prevê o art. 20 da Lei nº 3.268/57 e art. 10 do Decreto 20.931/92.

A Lei nº 3.268/57 em seu art. 22 prevê as seguintes penalidades que podem ser aplicadas em caso de violação pelo médico às normas de publicidade: i) advertência confidencial em aviso reservado; ii) censura confidencial em aviso reservado; iii) censura pública em publicação oficial; iv) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; v) cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal. que vão desde uma simples advertência até a suspensão do exercício da atividade médica, pena mais grave. A penalidade será aplicada ao médico pelo Conselho Regional ao qual está vinculado e depois observado o devido processo ético-disciplinar, disciplinado no Código de Processo Ético-Profissional, Resolução CFM nº 2.145/2016, devendo a decisão ser motivada, sob pena de nulidade.⁸⁸

87. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO DISTRITO FEDERAL. Processo-consulta nº 02/2016. Parecer CRM nº 70/2016. Tipos de divulgação que pode conter em um site institucional. Relator: Luiz Fernando Galvão Salinas. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/DF/2016/70_2016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO DISTRITO FEDERAL. Processo-consulta nº 80/2016. Parecer CRM nº 88/2016. Divulgação de assuntos médicos nas mídias sociais. Relator: Luiz Fernando Galvão Salinas. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/DF/2016/88_2016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.

88. Os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sem adentrar no mérito, já que a questão implicaria em revisão de matéria de fato (Súmula nº 7 do STJ), mantiveram decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declarou a nulidade de pena aplicada em sede de processo ético-disciplinar por falta de motivação, visto tratar-se de penalidade de gravidade média, nos termos do art. 22 da Lei 3.268/57, que

Em se tratando de publicidade de organização ou pessoa jurídica, sem obedecer às Resoluções do Conselho Federal de Medicina e à legislação em vigor, será instaurado processo ético-profissional contra o respectivo diretor médico e principal responsável, nos termos da Resolução nº 788/77 do CFM.

A infração ético-disciplinar não afasta eventual responsabilidade civil dos médicos, das clínicas, dos hospitais, pelos danos morais e/ou patrimoniais decorrentes da publicidade médica enganosa, abusiva, aplicando o disposto no art. 951 do Código Civil e os artigos 14, 20, ambos do CDC.

A respeito do tema, cabe citar a decisão da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que estabeleceu a responsabilidade de uma clínica, entre outros fatores, por anunciar em seu *site* que a cirurgia de vasectomia teria 100% de garantia como método contraceptivo, o que constitui propaganda enganosa, além de falha no dever de informar.⁸⁹

Toda essa normativa exposta regada por princípios éticos deve estar conciliada com os aspectos econômicos, de livre-iniciativa que envolve a publicidade, o *marketing*, de forma a não violar a livre-concorrência e garantir os interesses mercedores de tutela da pessoa humana, a preservação de sua vida e saúde. A inobservância das normas pode acarretar a responsabilidade do profissional médico nas esferas cível, administrativa e ética.

4. Proposta de um modelo contemporâneo de publicidade médica

Diante das informações apresentadas durante este artigo, deve-se ter em mente que a publicidade médica não se refere a simplesmente anunciar e vender um serviço com resultado financeiro positivo, sem consequências e limites. O próprio paciente-consumidor não é mais aquele indivíduo passivo, que apenas consome o que vê, e sim um sujeito que “caçador de emoções e colecionador de experiências”, como afirma Carvalho:⁹⁰

A comunicação de massa perde espaço para uma forma de comunicação baseada principalmente na plataforma digital e nela observa-se a participação interativa como a característica mais marcante do novo consumidor, conectado em rede, com acesso quase ilimitado à informação e elevado poder de decisão.

para ser aplicada deveria ser objeto de fundamentação específica. (STJ, AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 958.592 – SP, Rel.: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, jul. 04 abr. 2017).

89. TJRS. Apelações Cíveis e Agravo Retido nº 0393956-65.2015.8.21.7000. Nona Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Richinitti.

90. CARVALHO, João Henrique Dourado de. A publicidade nas redes sociais e a geração Y: a emergência de novas formas de comunicação publicitária. *Revista Negócios em Projeção*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 91-105, jul. /2011.

O papel essencial da publicidade médica não é apenas vender, mas também divulgar produtos e serviços de qualidade,⁹¹ fazendo com que o mercado não fique estagnado em velhas práticas médicas e o profissional procure inovações nas técnicas, nos estudos, nos produtos etc. Portanto, observada a sua relevância, se faz necessário o debate sobre o assunto.

Felizmente, o número de palestras e fóruns sobre a publicidade médica têm aumentado no Brasil, assim como os debates sobre atualizações das resoluções existentes, o que se faz obrigatório em um mundo no qual a tecnologia está constantemente renovando a forma de se comunicar e laborar.

Propõe-se um modelo de propaganda que atenda tanto aos desejos dos profissionais quanto aos paradigmas traçados pelo Conselho de Medicina e os anseios e direitos dos pacientes.

A primeira prática a ser tomada, nas redes sociais, é a separação do perfil profissional e pessoal. O desejo de tornar mais próxima e casual a relação entre médico e paciente faz com que muitos acreditem ser benéfica a junção desses dois perfis. No entanto, o conteúdo médico pode se perder no meio de *selfies*, fotos de viagem e comida, por exemplo. Ademais, o médico pode se tornar vulnerável a um processo ético ao publicar algo que não necessariamente havia a intenção de ser um *post* profissional, mas, por causa dessa incorporação de perfis, não tem como se provar a intenção do indivíduo.

Quanto ao conteúdo, deve-se pensar no que o consumidor/paciente pretende saber. Nesse sentido, é elementar a procura por informações que o ajudem a compreender melhor sobre doenças e procedimentos, além das técnicas utilizadas pelos médicos. Logo, recomendam-se conteúdos educacionais para satisfazer a curiosidade e acalmar o indivíduo que, por exemplo, se submeterá a uma cirurgia. Inclusive, apresentar de forma didática as melhores formas de prevenção ou cuidados que devem ser seguidas é uma excelente forma de utilizar as redes sociais.

Aprofundando sobre tal matéria, recomenda-se evitar comentários sobre a marca de produtos e tratamentos. É de se esperar que o paciente seja leigo no assunto, então, imagina-se as razões de estar anunciando que utiliza empresa X para o tratamento, o que faz com que exista a sensação de que o médico seria a propaganda dessa empresa, não que o tratamento seja de fato eficaz.

A forma de expressar o conteúdo também é objeto de análise. Os textos devem ser curtos, visto que o usuário tende a ler com mais atenção o primeiro terço do texto, sendo os parágrafos de, no máximo, duas frases os que atraem mais atenção.⁹²

91. LARA, Milton. *Publicidade: a máquina de divulgar*. São Paulo: Senac, 2017.

92. CASTILHO, Carlos. Como atrair a atenção do internauta. *Observatório da Imprensa*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/como-atrair-a-atencao-do-internauta/>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

Além disso, quando o texto é acompanhado com elementos visuais, o internauta tende a absorver mais o conteúdo apresentado e este se torna mais atraente⁹³. Portanto, recomenda-se o uso de textos em formato de listas que, em sua essência, são curtos, em conjunto com imagens e vídeos.

Importante destacar que, ao fazer o uso de elementos textuais, deve-se evitar o uso de jargões médicos desnecessários, uma vez que podem causar interpretações errôneas, sendo as consequências perigosas à própria saúde dos pacientes.

Sobre os elementos visuais, deve-se ter atenção nas vedações apresentadas nos regulamentos. Destaca-se, nesse âmbito, o uso da figura do paciente como forma de demonstrar o tratamento ou até mesmo o seu resultado e a autopromoção. Como solução, sugerimos a utilização de bonecos, aparatos e animações que possuem o mesmo efeito e não irão gerar efeitos negativos, com possibilidade de eventual responsabilidade civil, por exemplo.

No caso da autopromoção, o médico pode utilizar da sua própria imagem, de forma que ela seja concisa e direcionada ao que se pretende alcançar, podendo ser, por exemplo, um vídeo do profissional explicando sobre os efeitos de um determinado tratamento.

Em todos os anúncios, devem constar nome do médico, seu número no Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito e se anunciar sua especialidade, o Registro de Qualificação de Especialista (RQE), e, em caso de estabelecimentos de saúde, os dados do seu diretor técnico.

Todo anúncio realizado pelo profissional médico deve ter como norte informação de qualidade para o público em geral, feita com comprometimento, de maneira que possa se colocar no mercado competitivo de forma idônea, sem se desvincular do objetivo principal da Medicina: a saúde e a vida humanas.

5. Referências

- ALVES, Marcia Nogueira, ANTONIUTTI, Cleide Luciane e FONTOURA, Mara. **Mídia e produção audiovisual**: uma introdução. 20 ed. Curitiba: Ibpex, 2008.
- AMERICAN MARKETING ASSOCIATION. **Definitions of Marketing**. Disponível em: <<https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- ARAÚJO, Viton. Publicidade em Portugal: fértil, enxuta e sem autopromoção. [Entrevista concedida à] Renato Rogenski. **Meio & Mensagem**. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/04/04/publicidade-em-portugal-fertil-enxuta-e-sem-autopromocao.html>>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

- BRASIL. Congresso. Senado. **Decreto-lei nº 4.113, de 14 de fevereiro de 1942**. Regula a propaganda de médicos, cirurgiões, dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/529199/publicacao/15720302>>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 3.268/57, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.979/20, de 6 de fevereiro 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- BRASIL. **Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- CARVALHO, João Henrique Dourado de. A publicidade nas redes sociais e a geração Y: a emergência de novas formas de comunicação publicitária. **Revista Negócios em Projeção**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 91-105, jul. /2011.
- CASTILHO, Carlos. Como atrair a atenção do internauta. **Observatório da Imprensa**. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/como-atrair-a-atencao-do-internauta/>>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- CHAUDHRY, Humayun J. Ask the experts: Physicians and Appropriate Use of Social Media. **Educational Commission for Foreign Medical Graduates**. 2017. Disponível em: <<https://www.ecfmg.org/echo/experts-social-media.html>>. Acesso em: 16 fev. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM informa: regras de publicidade e propaganda médicas permanecem válidas**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28448:2019-09-25-19-28-50&catid=3>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM realiza consulta pública sobre publicidade de médica até o início de março**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28582:2020-01-31-18-53-25&catid=3>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.974/11. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.126/15. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.217/18. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Despacho COJUR n. 694/2016**. Uso de publicação de paciente na rede social do médico. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/despachos/BR/2016/694_2016.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO DISTRITO FEDERAL. Processo-consulta nº 02/2016. **Parecer CRM nº 70/2016**. Tipos de divulgação que pode conter em um site institucional. Relator: Luiz Fernando Galvão Salinas. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/DF/2016/70_2016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO DISTRITO FEDERAL. Processo-consulta nº 80/2016. **Parecer CRM nº 88/2016**. Divulgação de assuntos médicos nas mídias sociais. Relator: Luiz Fernando Galvão Salinas. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/DF/2016/88_2016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Manual de Publicidade de Assuntos Médicos**. Disponível em: <<http://www.cremerj.org.br/publicacoes/download/87>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Parecer nº 10/2016**. Divulgação de prestação de serviços médicos mediante doações. Relator: José Albertino Souza. Disponível em: <<http://old.cremerj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=1026&ritem=2>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- FALCÃO, Manuel. **O estado de Portugal em matéria de redes sociais**. Disponível em: <<https://www.dinheirovivo.pt/opiniao/o-estado-de-portugal-em-materia-de-redes-sociais/>>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: teoria geral da responsabilidade civil e responsabilidade civil em espécie**. v. 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.
- GABRIEL, Lucas. 4 Ps do *marketing*: entenda o conceito do *Mix de Marketing*. **Rock Content**. Disponível em: <<https://rockcontent.com/blog/4-ps-do-marketing/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- GONÇALEZ, Márcio Carbaca. **Publicidade e Propaganda**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.
- LARA, Milton. **Publicidade: a máquina de divulgar**. São Paulo: Senac, 2017.
- MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.
- MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. **Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 997/2018, p. 105-134, nov./2018.
- NOGAROLI, Rafaella. **Breves reflexões sobre a pandemia do Coronavírus (COVID-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1015/2020 – Maio/2020.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação Médico-Paciente: o Respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PINHO, Rita Roque de. Publicidade em Saúde: da emoção à razão. **News Farma**. 2020. Disponível em: <<https://www.newsfarma.pt/artigos/3470-publicidade-em-sa%C3%BAdeda-emo%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-raz%C3%A3o.html>>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- PORTUGAL. **Decreto-lei 238/2015, de 14 de outubro de 2015**. Estabelece o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/70686132/details/maximized?p_auth=qOxNm5UX>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- PORTUGAL. **Regulamento 707/2016, de 20 de maio de 2016**. Regulamento de Deontologia Médica. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/75007439/details/maximized>>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- PORTUGAL. **Regulamento n.º 1058/2016, de 24 de novembro de 2016**. Regulamento do regime jurídico a que devem obedecer às práticas de publicidade em saúde. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/75796236/details/normal?l=1>>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- REFKALEFSKY, Eduardo. **História da propaganda nos EUA**. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/3b9a07c88630dd7924af7c41d87b4367.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2020.
- SANTAELLA, Lucia. O paradigma do sensível na comunicação. **Revista Comunicação Midiática**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 17-28, abr. 2016.
- SIQUEIRA, Carol. Governo anuncia medidas de combate à pandemia de coronavírus. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/646385-governo-anuncia-medidas-de-combate-a-pandemia-de-coronavirus/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- SOUZA, Alex Pereira; COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Do Erro à culpa: na responsabilidade civil do médico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Telemedicina no sistema privado de saúde: quando a realidade se impõe. **Migalhas**, 19 mar. 2020.

THE FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. **The FCC's Mission**. Washington, DC [2017?]. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/about/overview>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

VIANNA, Jayme Augusto Rocha; ROCHA, Lys Esther. Comparação do código de ética médica do Brasil e de 11 países. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 52, n. 6, p. 435-440, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000600025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2020.

We are Social. **Digital 2020: global digital yearbook**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-global-digital-yearbook?utm_source=Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2020&utm_content=Yearbook_Promo_Slide>. Acesso em: 12 fev. 2020.

CAPÍTULO 15

O CONSENTIMENTO INFORMADO À LUZ DO NOVO REGIME DE INCAPACIDADES

GISELE ESTER MIGUEL AMANTINO¹

EROS BELIN MOURA CORDEIRO²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Consentimento livre e esclarecido do paciente. 2.1. Evolução histórica da obrigação de informar o paciente. 2.2. Estágio atual da relação médico paciente e do dever de informação. 3. Capacidade e incapacidade civil. 3.1. Regime de incapacidades no código civil. 3.2. O estatuto das pessoas com deficiência e o novo regime de incapacidades. 3.3. Incompatibilidade entre a concepção do regime das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. 3.4. A tomada de decisão apoiada. 4. O consentimento informado do paciente à luz do novo regime de incapacidades. 4.1. Consentimento informado dos pacientes incapazes. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo visa traçar algumas considerações acerca do consentimento informado sob a ótica do novo regime de incapacidades, que surgiu com o advento da Lei nº 13.146/2015, denominada *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência* – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Busca-se, especialmente, expor e analisar elementos que devem ser observados, pelos profissionais médicos, a fim de garantir o direito à informação, o exercício

1. Especialista em Gestão de Organizações Públicas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Público pela Faculdades do Brasil. UNIBRASIL. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Médico e da Saúde (UNICURITIBA). Advogada.

2. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professor do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba nas áreas de direito civil (contratual) e direitos internacional privado. Advogado.