

REVISTA DE

DIREITO

MÉDICO E DA SAÚDE

nº 26

Doutrina
Legislação
Jurisprudência



ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

REVISTA DE
DIREITO
MÉDICO E DA SAÚDE
nº 26

Conselho Editorial

Coordenador

Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas

Membros

André Gonçalo Dias Pereira

André Luís Alves Nigre

Camila Vasconcelos

Eduardo Dantas

Gustavo Borges

Igor Mascarenhas

Lívia Callegari

Luciana Dadalto

Marianna Chaves

Miguel Kfourri Neto

Nelson Rosenvald

Oswaldo Simonelli

Rafaella Nogaroli

Rosa Amélia Andrade Dantas

Colaboradores desta edição

Alessandra Cristina Rodrigues Rabello

Alexandre Bonna

Ana Flávia Pereira de Almeida Costa

Brunna Pires Barbosa Lopes

Isadora Sá Urtiga Rêgo

João Vitor Penna

Karina Lanzellotti Saleme

Mário Francisco Barbosa

Roberto Cardoso Hasbeni

Ronaly Cajueiro de Melo da Matta

Rui Fernando Braga Alves

ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTFICA



Palavra do Presidente

O ano de 2022 está chegando ao fim, mas, antes, a Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem) e a Universidade Corporativa Anadem (UCA), com o apoio institucional da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde (Apedimes) e do Capítulo Brasileiro da Asolademe (Asociación Latinoamericana de Derecho Médico), publicam a 26ª edição da Revista de Direito Médico e da Saúde.

Os temas abordados foram telemedicina e dados sensíveis do paciente; saúde do trabalhador e ambiente laboral; autonomia do paciente e recusa terapêutica; seguro de responsabilidade civil profissional; negligência informacional em eventos raros de saúde; impactos do coronavírus nas indenizações por dano moral; segurança na prescrição de medicamentos sob a ótica da senilidade; e álea como forma de excludente de culpabilidade no homicídio culposo decorrente de ato médico.

Colaboraram, nesta edição, articulistas consagrados no ramo do Direito Médico e da Saúde: Alessandra Cristina Rodrigues Rabello, Alexandre Bonna, Ana Flávia Pereira de Almeida Costa, Brunna Pires Barbosa Lopes, Isadora Sá Urtiga Rêgo, João Vitor Penna, Karina Lanzellotti Saleme, Mário Francisco Barbosa, Roberto Cardoso Hasbeni, Ronaly Cajueiro de Melo da Matta e Rui Fernando Braga Alves. O nosso muito obrigado por compartilharem seus saberes, reforçando o compromisso da Revista com a publicação científica de qualidade e com a atualização do conhecimento de estudantes, de pesquisadores, de especialistas e de profissionais da área.

Na oportunidade, mais uma vez, agradecemos ao Conselho Editorial, coordenado pelo Dr. Eduardo Dantas, fundamental para manter o rigor técnico-científico deste periódico.

Uma ótima leitura!

Brasília, dezembro de 2022.



Raul Canal

Presidente da Anadem

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

Publicação semestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos do Direito Médico e da Saúde. Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem o consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Distribuída em todo o território nacional.

Coordenador do Conselho Editorial **EDUARDO DANTAS** editor-chefe **ANDREW SIMEK** (DRT 10484/DF) revisão **ANDREW SIMEK, CLAUDIA SOUZA, ISABELLA QUEIROZ, CAMILA GONZALEZ** e **ENZO BLUM** (DRT 13356/DF) diagramação **ANGELO GABRIEL** coordenação de projeto gráfico e diagramação **VEM MAIS EDITORAÇÃO LTDA.** impressão **GRÁFICA ATHALAIA** tiragem **1 MIL EXEMPLARES** contato revistadedireitomedico@anadem.org.br.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE: doutrina, legislação, jurisprudência.
Brasília: VEM MAIS EDITORAÇÃO, n. 26. dez. 2022. 168p.

ISSN 1983-411XE

1. IMPLICAÇÕES DA NEGLIGÊNCIA INFORMACIONAL EM EVENTOS RAROS DE SAÚDE. 2. BREVES NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A EVOLUÇÃO DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL. 3. IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL. 4. A IMPREVISIBILIDADE DA REAÇÃO DO ORGANISMO: A ÁLEA COMO FORMA DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO CULPOSO DECORRENTE DE ATO MÉDICO. 5. TELEMEDICINA: ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO NO TRATAMENTO INDEVIDO DE DADOS SENSÍVEIS DO PACIENTE. 6. AUTONOMIA DO PACIENTE E RECUSA TERAPÊUTICA: UMA ANÁLISE DO ART. 11 DA RESOLUÇÃO N.º 2.232 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 7. DESAFIOS TECNOLÓGICOS: A SAÚDE DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE LABORAL. 8. SEGURANÇA NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS SOB A ÓTICA DA SENILIDADE.

Editorial

E encerramos, aqui, mais um ano com este novo volume da Revista de Direito Médico e da Saúde, trazendo oito artigos envolvendo temas atuais, controversos e variados.

As pesquisas, desenvolvidas pelos autores para entregar esses trabalhos, demonstram e reforçam o que já vínhamos defendendo há vários anos: o Direito Médico, para além de sua constante evolução, necessariamente, dialoga com outras fontes do direito e possui uma ampla intersecção com a realidade, seja jurídica, seja social, interagindo diretamente com o amplo espectro de mudanças contemporâneas no tecido social.

O que se encontra, nas próximas páginas, é um retrato de uma ciência em construção, de um ramo do direito que não possui apenas referências teóricas, mas constrói seu próprio caminho e sua própria teoria de maneira única e muito veloz, unindo tradição, inovação e tecnologias de forma muito harmônica e original.

Construir esses caminhos e fomentar a discussão científica e a difusão do conhecimento é o nosso propósito. Que esta edição que chega em suas mãos seja mais uma bem-sucedida ferramenta nessa missão.

Uma boa leitura a todos!

Brasília, dezembro de 2022.



Eduardo Dantas

Coordenador do Conselho Editorial



ANADEM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA

Presidente **RAUL CANAL**

Vice-presidente **RODRIGO CANAL** vice-presidente de segurança do paciente e riscos assistenciais **LUIS FLÁVIO CARVALHAIS** diretor jurídico **WALDUY FERNANDES** vice-diretoras jurídicas e conselheiras fiscais **ERICA LIRA** e **YUKARY NAGATANI** diretora financeira **IONE MEDEIROS** diretor comercial **ALEXANDRE LEMOS** vice-diretora comercial **VIVIANE SAMPAIO** diretora administrativa **PALOMA FURTADO** diretora de estudos e pesquisas da Universidade Corporativa Anadem (UCA) **DANIELA FRANCO BUENO** diretor de gestão e planejamento estratégico **JOSÉ RAMALHO** diretor de compliance e conselheiro fiscal **JOSÉ LIRA** diretor de comunicação **ANDREW SIMEK** diretor de projetos especiais **JOSÉ MAURO** diretor comercial do Cirurgia Segura **LUIS VARGAS** diretor de segurança do paciente **MAURÍCIO SANTOS FERREIRA**.

Sumário

Doutrinas

1. Implicações da negligência informacional em eventos raros de saúde
Brunna Pires Barbosa Lopes 11
2. Breves notas históricas sobre a evolução do seguro de responsabilidade civil profissional na área da saúde no Brasil
Karina Lanzellotti Saleme 31
3. Impactos do coronavírus nas indenizações por dano moral
Alexandre Bonna e João Vitor Penna 45
4. A imprevisibilidade da reação do organismo: a álea como forma de excludente de culpabilidade no homicídio culposo decorrente de ato médico
Mário Francisco Barbosa 67
5. Telemedicina: análise sobre a responsabilidade civil do terceiro no tratamento indevido de dados sensíveis do paciente
Isadora Sá Urtiga Rêgo 89
6. Autonomia do paciente e recusa terapêutica: uma análise do art. 11 da resolução n.º 2.232 do Conselho Federal de Medicina
Ana Flávia Pereira de Almeida Costa e Ronaly Cajueiro de Melo da Matta 127
7. Desafios tecnológicos: a saúde do trabalhador e o meio ambiente laboral
Roberto Cardoso Hasbeni e Rui Fernando Braga Alves 145
8. Segurança na prescrição de medicamentos sob a ótica da senilidade
Alessandra Cristina Rodrigues Rabello 155

IMPLICAÇÕES DA NEGLIGÊNCIA INFORMACIONAL EM EVENTOS RAROS DE SAÚDE

IMPLICATIONS OF INFORMATIONAL NEGLIGENCE IN RARE HEALTH EVENTS

Brunna Pires Barbosa Lopes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O papel da informação na relação médico-paciente. 3. Nuances da negligência informacional. 4. Escassez informacional em eventos raros de saúde e suas repercussões. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: De algum modo, todos os obstáculos enfrentados pelos portadores de doenças raras estão relacionados a algum defeito de informação e o cumprimento do dever informacional pelo médico é fundamental para a mudança desse paradigma. O presente estudo analisa as principais dificuldades advindas da negligência informacional em eventos raros de saúde, buscando possíveis formas de amenizá-la.

Palavras-chave: Negligência informacional. Consentimento informado. Doenças raras. Responsabilidade civil. Direito à informação.

Abstract: Somehow, all the obstacles faced by patients with rare diseases are related to some information defect and the fulfillment of the informational duty by the physician is fundamental for changing this paradigm. The present study analyzes the main difficulties arising from informational negligence in rare health events, looking for ways to alleviate it.

Keywords: Informational negligence. Informed consent. Rare diseases. Civil responsibility. Right to information.

1. INTRODUÇÃO

Tempos de informação facilitada e alcance do mundo nas palmas das mãos não isentam o médico do dever intrínseco à sua profissão de oportunizar ao paciente uma escolha esclarecida. Deve-se ter em mente que a obtenção de um documento assinado pelo enfermo não é sinônimo de consentimento e que, sem consentimento, quase tudo é questionável.

1. Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Pós-graduada em Direito Médico, Odontológico e da Saúde pelo Instituto Goiano de Direito (IGD). Palestrante. Coautora de obras jurídicas. Professora convidada em cursos de Pós-Graduação em Direito. Membro da Comissão de Direito da Saúde da OAB/GO e da Associação Brasileira de Advogados (ABA). E-mail: contato.brunnapires@gmail.com.

A informação como obrigação recíproca decorre do princípio bioético da autonomia, cujo surgimento se deu pelo Relatório Belmont, elaborado a partir de uma reação institucional às barbaridades suportadas pelas cobaias de pesquisas em medicina no passado².

Na visão de Júlio Flávio Marchini³, em observância à moral Kantiana:

Para Immanuel Kant (1724-1804), autonomia é a “capacidade da vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante”. Na Bioética, especificamente na área da Medicina, autonomia é o direito e o dever de o paciente conhecer sobre sua doença e poder escolher entre as melhores opções disponíveis de diagnóstico e tratamento.

Somente respeitando a autonomia, por meio de uma comunicação adequada e clara, é possível acolher o enfermo e construir com ele uma relação médico-paciente sólida, pautada em confiança, transparência e empatia.

Posto isso, analisar-se-ão as dificuldades do acesso à informação e do exercício da autonomia de parcela constantemente negligenciada: os portadores de doenças raras. Seus desafios são muitos. A busca por informações, por profissionais capacitados e por tratamentos eficazes é realidade na rotina dos indivíduos acometidos e na de quem com eles convive.

Busca-se, portanto, possíveis formas de amenizar a negligência informacional nos eventos raros de saúde, na esperança de que, com isso, as concepções de universalidade e de integralidade da saúde pública brasileira, instituídas pela Constituição Federal de 1988 (CF), deixem de ser meramente teóricas.

2. O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Palco de significativas modificações ao longo dos anos, a relação médico-paciente, que antes era reduzida ao paternalismo do profissional e às suas decisões individuais e incontestáveis a despeito das vontades do enfermo, transmuta-se a uma situação de igualdade, na qual o paciente deixa de ser um mero espectador e passa a ter voz ativa e poder de decisão sobre sua própria vida.

2. Três situações distintas que mobilizaram a opinião pública americana incentivaram a elaboração do Relatório Belmont: a) em 1963, no Hospital Israelita de Doenças Crônicas, em Nova York, foram injetadas células cancerosas vivas em idosos doentes; b) entre 1950 e 1970, no Hospital Estadual de Willowbrook, em Nova York, injetaram o vírus da hepatite em crianças com deficiência mental; c) Em 1932, no Estado do Alabama, no que foi conhecido como o caso Tuskegee, 400 negros com sífilis foram recrutados para participarem de uma pesquisa de história natural da doença e foram deixados sem tratamento. BRAZ, M., SCHRAMM, F. R., TELLES, J. L., REGO, S. T. D. A., & PALÁCIOS, M. (2013). Bioética: algumas datas e acontecimentos. Rio de Janeiro.

3. MARCHINI, J. F. M., & SILVA, D. A. F. (2022). Aspectos Éticos na Formação do Emergencista. *JBMEDE-Jornal Brasileiro de Medicina de Emergência*, 2(2), e22008-e22008.

O respeito à autonomia do paciente horizontalizou a relação, transformando-se em um dos pilares essenciais para sustentar o exercício da medicina. Desse pilar, se derivou a condição informacional, ferramenta indispensável para a garantia da confiança e da transparência na relação médico-paciente.

A necessária confluência entre autonomia e informação torna impossível o efetivo cumprimento do dever de conduta informativa do médico, se não houver respeito às decisões e às vontades do enfermo.

Nas palavras de Odile Ugarte e Marcus André Acioly⁴:

Além das condições de capacidade e de liberdade, ninguém pode exercer ação autônoma caso não esteja informado sobre os objetivos da ação e sobre as consequências da ação. Sem compreensão não há autonomia. Muito já foi discutido sobre o grau de compreensão dos procedimentos médicos que os pacientes podem alcançar. Alguns afirmam que, sendo leigos, os pacientes não possuem compreensão suficiente dos procedimentos propostos para que saibam exatamente o que estão consentindo ao autorizá-los. Defensores da autonomia dos pacientes acreditam que eles são capazes de compreender os pontos considerados importantes pelo seu médico-assistente. Essa compreensão só é possível diante de um ambiente acolhedor, no qual o médico se esforça em conhecer as preocupações de seus pacientes, e no qual o debate seja estimulado.

Nesse avançar da conseqüente normatização do trabalho médico, a informação passou a ocupar – simultaneamente e no mesmo cenário – um direito do paciente e um dever do médico, tal qual preconiza a Recomendação n.º 1, de 21 de janeiro de 2016, do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁵.

Ao profissional foi imposto o dever de apresentar ao seu paciente quais são os riscos do seu tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, seu diagnóstico, o prognóstico e todos os pontos relevantes das práticas e dos atos médicos, permitindo que o enfermo tome suas próprias decisões a partir da compreensão desses esclarecimentos. Essa é a visão de doutrinadores do calibre de Beauchamp e Childress,⁶ que, por sua vez, lecionam:⁷

A revelação, contudo, é um tópico central. Se a informação não for transmitida de uma maneira adequada, muitos pacientes e sujeitos de pesquisa terão, com referência ao modelo, uma base insatisfatória para tomar suas decisões. A perspectiva, as opiniões e as recomendações do profissional são, com frequência, essenciais para uma

4. UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. **O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso.** Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, 2014, 41: 374-377.

5. Recomendação CFM 01/2016: (...) o consentimento livre e esclarecido tornou-se prática médica obrigatória, sob o prisma ético e jurídico, pois receber esclarecimento e informação adequados é direito fundamental do paciente, estabelecido no mesmo patamar hierárquico da liberdade, da igualdade e da dignidade humanas.

6. Beauchamp e Childress foram dois grandes contribuintes para a história da Bioética. Com a sua clássica obra "Principles of Biomedical Ethics", eles estenderam os princípios que foram definidos pelo Relatório Belmont como fundamentos para a pesquisa com seres humanos, para o exercício da assistência clínica, substituindo o princípio de respeito pelas pessoas pelo da autonomia e desdobrando o da beneficência em beneficência e não maleficência. Com a publicação da obra, consagra-se o "princípio da autonomia" como um método de raciocínio e decisão em Bioética. LOPES, José Agostinho. Bioética: uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). Revista Médica de Minas Gerais, 2014, 24.2: 262-273.

7. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **El Respeto a la autonomía. Principios de ética biomédica.** 2002. p.139.

decisão sensata. Os profissionais são obrigados a revelar um conjunto fundamental de informações, incluindo (1) os fatos ou descrições que os pacientes ou sujeitos de pesquisa normalmente consideram importantes para decidir se recusam ou consentem na intervenção ou na pesquisa propostas; (2) as informações que o profissional acredita serem importantes; (3) a recomendação do profissional; (4) o propósito de buscar um consentimento, e (5) a natureza e os limites do consentimento como um ato de autorização.

Além do conteúdo, outras características precisam ser observadas, como a quantidade de informação exposta ao indivíduo sob seus cuidados, a linguagem utilizada e o momento certo de informar.

Sobre quantidade, o Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018, veda a escassez informacional⁸. Lado outro, tem-se por certo que excesso de informação não informa ninguém. O exagero de considerações científicas acaba prejudicando a qualidade da comunicação⁹, possibilitando que o paciente priorize dados irrelevantes em detrimento daqueles que realmente importam. Cabe ao médico, detentor do conhecimento técnico, ponderar entre as duas vertentes.

Da mesma forma, de nada adianta utilizar diversas expressões ininteligíveis com o paciente e esperar que ele compreenda. Para cumprir com seu dever, o profissional deve considerar a vulnerabilidade técnica do enfermo e se comunicar de forma eficiente e acessível, de modo que o indivíduo consiga assimilar as palavras que lhe são proferidas e construir suas próprias deliberações.

Quanto ao momento, entende-se que a informação deverá anteceder cada nova fase do tratamento. É imperioso destacar que o paciente, caso queira e desde que sejam observados os parâmetros legais, poderá se recusar¹⁰ a prosseguir com o tratamento já em curso.

Embora não haja, no Brasil, uma legislação específica que regulamente o direito do paciente à informação, os detentores desse direito possuem uma prerrogativa extensa. Assim, por exemplo, percebe-se nos seguintes dispositivos:

Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

8. Código de Ética Médica: Art. 34. [É vedado ao médico] Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 88. [É vedado ao médico] Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

9. Na esfera da relação médico-paciente, em que há uma natural e inegável vulnerabilidade técnica por parte do paciente, algumas informações a respeito de sua saúde (doença, tratamento, resultados) serão eventualmente inúteis no sentido de possibilitar que ele decida de forma autônoma.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. Saraiva Educação SA, 2017.

10. **Resolução CFM n.º 2.232/2019**: Art. 1º. A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º. O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Parecer sobre os Direitos dos Pacientes, elaborado em 14 de Julho de 2005 pelo Comitê Econômico e Social Europeu em Bruxelas.

A equipe médico-social deve ter uma função de conselheiro para o paciente, sem que isso a libere da sua responsabilidade. Por conseguinte, esta equipe existe para lhe prestar assistência, para o informar e para o apoiar, elaborando uma estratégia terapêutica baseada no diagnóstico que os sintomas e a relação com o paciente lhe tiverem sugerido. Assim, é legítimo solicitar que os profissionais de saúde escutem de modo individualizado o paciente, o que deverá permitir propor o tratamento mais adaptado, tanto do ponto de vista técnico como psicológico.

Impõem-se um assentimento esclarecido e uma aceitação de correr riscos fundamentada. A informação continua a ser o resultado do colóquio singular entre o médico e o paciente, no qual apenas devem ser considerados os interesses e o bem-estar deste último.

Este acesso à informação individualizada é a etapa indispensável para progredir na via da redução das desigualdades perante os distúrbios, a doença, a assistência médica e a melhoria do acesso ao sistema de saúde por parte de todos os cidadãos.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), adotada em 19 de outubro de 2005 por sessão da Conferência Geral da UNESCO em Paris.

Art. 6º, “a” – Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

Art. 6º, “b” – A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito (...).

Alguns doutrinadores afirmam que a não revelação do que os pacientes necessariamente devem saber se constitui como um golpe em seus direitos fundamentais,¹¹ mormente, pelo previsto no inciso XIV do art. 5º da CF¹².

A Declaração de Lisboa¹³, de setembro/outubro de 1981, representando alguns dos principais direitos do paciente que a profissão médica endossa e promove, dedicou um tópico exclusivo para tratar sobre o direito à informação:

11. FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. In: *Comentários ao Código de Ética Médica*. 2021. p. 141.

12. **Constituição Federal**: Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

13. A Declaração de Lisboa impôs aos médicos e demais pessoas ou entidades envolvidas na provisão de cuidados de saúde uma responsabilidade conjunta para reconhecer e apoiar os direitos que nela estão previstos, igualmente estabelecendo, em casos onde os pacientes tenham estes direitos negados, o dever médico de buscar os meios apropriados para assegurá-los ou restabelecê-los. Ela foi adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa em setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali em setembro de 1995.

Princípio 7. Direito a informação

- a) O paciente tem o direito de receber informação sobre as anotações em qualquer de seus registros médicos e de ser informado integralmente sobre o estado de sua saúde, inclusive dos fatos médicos sobre sua condição;
- b) Excepcionalmente pode ser negada informação ao paciente quando existir uma boa razão para acreditar que esta informação criaria um risco sério para sua vida ou sua saúde;
- c) A informação deve ser dada de maneira apropriada a sua cultura e de tal forma que o paciente possa entender;
- d) O paciente tem o direito a não ser explicitamente informado a seu respeito, a menos que isso colocasse em risco a proteção da vida de outra pessoa;
- e) O paciente tem o direito de escolher qual dos seus familiares deve ser informado.

Dentro dessa perspectiva, como uma ramificação do direito à intimidade, o paciente também possui o direito de não receber a informação. Por evidente influência do ordenamento espanhol¹⁴, no Brasil, também é reconhecida e respeitada a opção feita pelo paciente de não obter informações sobre seu estado de saúde. Esse direito, todavia, será relativizado ao se confrontar com questões de ordem pública que possam prejudicar a coletividade e o interesse social.

Acerca do tema, arremata Bergstein¹⁵:

Se ao paciente é conferido o direito irrestrito de liberdade no sentido de delimitar os tratamentos que lhe serão ministrados, pode, sem qualquer paradoxo, optar por “abrir mão” desse direito inerente à sua personalidade. (...) Assim, determinado paciente poderá, de forma voluntária, limitar o seu direito de personalidade relativo à liberdade (no sentido de não ser informado e, apesar disso, continuar a decidir autonomamente), caso esteja em jogo outro direito da mesma natureza que envolva, a título de exemplo, a dignidade do indivíduo.

O paciente que opta por não receber esses dados, assume os ônus advindos da sua escolha. Desse modo, não há como responsabilizar o médico por eventual dano decorrente da falta de informação, se essa falta se deu pela renúncia do próprio paciente. Essa renúncia deverá partir de um pedido expresso do indivíduo sob os seus cuidados, não podendo o médico, em nenhuma hipótese, presumir que o paciente está desistindo de receber essas informações e, por isso, não concedê-las a ele.

14. **Ley 41/2002:** Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación – 1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

15. BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. Saraiva Educação SA, 2017.

3. NUANCES DA NEGLIGÊNCIA INFORMACIONAL

Como herança dos últimos acontecimentos em saúde, as condutas médicas passaram a ser investigadas sob uma lupa rigorosa, convertendo-se em uma judicialização crescente¹⁶ e desmedida, que tem abarrotado os tribunais brasileiros.

A busca por reparação civil nos procedimentos em medicina, embora seja majoritariamente motivada pela alegação de erro médico, não deve ser desassociada da verificação do dever profissional de oportunizar uma escolha esclarecida ao seu paciente. Com isso em mente e na intenção de atestar o cumprimento do seu encargo, os profissionais da medicina reduzem a termo as informações verbais dadas ao paciente, prática recomendada pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos¹⁷ e pelo CFM por meio da já mencionada Recomendação n.º 1/2016.¹⁸

No entanto, a assinatura do paciente em um pedaço de papel, à primeira vista, não é suficiente para assegurar que a sua autonomia foi respeitada, tampouco para demonstrar que houve esclarecimento do que a ele foi proposto.

A bem da verdade, a interpretação equivocada das expressões convenientes ao tema leva os profissionais a acreditarem que a utilização de um simples documento é suficiente para protegê-los, em vias de responsabilidade civil e culpabilidade, à medida que capacita seus pacientes ao exercício de sua autodeterminação. Um equívoco infeliz e dispendioso.

À vista disso, faz-se necessário distinguir três conceitos que são frequentemente confundidos: consentimento informado, termo de consentimento livre e esclarecido (ou termo de consentimento informado) e escolha esclarecida.

Consagrado pelo Código de Nuremberg como um direito absolutamente essencial, o consentimento informado pode ser definido, na visão de Livia Pithan¹⁹, da seguinte forma:

Na assistência à saúde, o consentimento informado é entendido como processo de comunicação entre médico e paciente, o qual representa uma atmosfera de abertura e honestidade, alimentada por um diálogo permanente entre médico e paciente, que começa a partir do primeiro encontro e perdura por toda a relação. Não se trata de uma breve conversa, que se encerra com a assinatura do paciente em um termo. O “*consent process*”, ou “*informed consent process*”, contraria a ideia de um evento único, estático e anterior a prestação da assistência médica, e dá uma noção de uma série de

16. Para Genival Veloso (2021, p. 67), um dos fatores mais fortes dessa ocorrência é o da mudança na forma da relação entre o médico e o paciente. O laço fraternal e amigo que existia entre eles e seus familiares começa a transformar-se em uma relação trágica e quase impessoal.

17. DUBDH: Artigo 6º, “a” – Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO em Paris.

18. **Recomendação CFM n.º 1/2016:** b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido).

19. PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética.** 2009.

eventos vinculados ao desenvolvimento a uma evolução gradual – o que mostra uma dinamicidade própria da relação entre médico e paciente.

A necessidade de consentimento do paciente encontra amparo nos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana e é extensamente balizada pelo Código de Ética Médica²⁰ e por outras resoluções²¹ do CFM, responsáveis por inseri-la nos mais diversos cenários. Em momento algum, essa definição deve ser confundida com o documento apresentado ao enfermo ou a quem por ele responde, cuja assinatura não comprova o recebimento de informações esclarecidas.

O documento, denominado termo de consentimento livre e esclarecido ou termo de consentimento informado, é a concretização de todo o trabalho informacional em um registro palpável que somente terá validade se o processo de informação for cumprido previamente.

Enquanto a obtenção do consentimento informado é indispensável para conferir legitimidade ao ato médico, sua materialização, embora seja recomendada, não é obrigatória. Nas palavras de Worthington, “a validade ética do consentimento livre e esclarecido não depende da palavra escrita, mas da qualidade da interação entre um paciente e um especialista. Formalizar o registro é apenas uma parte do processo”.²²

Nessa mesma linha, o Código de Ética Médica da Itália determina que a obtenção de consentimento expresso é complementar e não substitutiva do processo de informação.²³

Ao longo dos anos, o termo de consentimento passou a ser integrado como política administrativa em inúmeras instituições hospitalares brasileiras, permitindo uma inversão de prioridades, uma vez que o foco primordial dos profissionais deixou de ser a transmissão da informação de maneira adequada e passou a ser o documento, fato que incitou uma das maiores causas de judicialização contra os médicos: a negligência informacional.

Finalmente, quanto à escolha esclarecida, embora parte da doutrina ainda estabeleça concepção semelhante ao consentimento informado, cabe dizer que os dois não são sinônimos. A diferença entre os conceitos se inicia pela semântica. O termo informação se aproxima de comunicação e é utilizado para tornar algo conhecido. Segundo o Parecer sobre os Direitos dos Pacientes, elaborado pelo Comitê Econômico e Social Europeu, “a informação não é um fim em si mesmo, mas um meio de permitir que a pessoa faça

20. **Código de Ética Médica:** Art. 22. [É vedado ao médico] Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

21. As Resoluções do Conselho Federal de Medicina de nos 671/1975; 1.021/1980; 1.08/1982; 1.098/1983; 1.358/1992; 1.407/1994; 1.408/1994; 1.459/1995; 1.478/1997; 1.482/1997; 1.494/1998; 1.499/1998; 1.500/1998; 1.529/1998; 1.544/1999; 1598/2000; 1.605/2000; 1.620/2001; 1.621/2001; e 1.622/2001 também fazem referência ao consentimento informado.

22. WORTHINGTON, R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *Journal of medical ethics*, 2002, 28.6: 377-380. Tradução literal.

23. **Codice di Deontologia Medica:** Art. 32. Acquisizione del consenso – Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione inequivoca della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art.

as suas escolhas livres e esclarecidas”. De outro lado, esclarecimento está relacionado à compreensão, logo, esclarecer é a arte de aclarar uma informação, tornando-a elucidativa.

Aos olhos de Eduardo Dantas²⁴, a escolha esclarecida pressupõe não somente o conhecimento de todas as alternativas, mas também a compreensão do que cada uma delas pode representar. Em seguida, sobre consentimento informado, ele leciona:

Este, isoladamente, deve ser encarado como peça de uma engrenagem maior, mais sólida e mais segura, que é a escolha esclarecida, situação em que a vontade autônoma do paciente é exercida sob o manto do cumprimento do dever de informação imposto legal e deontologicamente aos médicos. Isoladamente, o consentimento informado não exime responsabilidades como se pretende, permitindo – por conta do defeito na transmissão da informação, e, portanto, na prestação do serviço – a materialização da responsabilização civil por dano informacional. Pesquisas clínicas e empíricas demonstram que os nossos atuais conceitos legais de consentimento informado estão em desacordo não apenas com a moderna prática médica, mas também com o direito a autonomia e autodeterminação.

Tem-se, na compreensão do paciente, condição *sine qua non* para que a sua participação ativa na tomada de decisões e o seu direito de se autogovernar sejam respeitados. Somente se alcança essa compreensão através da escolha esclarecida.

De toda sorte, para decretar essa escolha, forçosa se faz a presença de informações eficientes e bastantes a oportunizarem ao enfermo o conhecimento dos riscos e a ponderação entre as alternativas possíveis, permitindo-o deliberar e decidir segundo suas próprias crenças, valores, experiências e vontades.

O caminho percorrido desde o consentimento informado até a escolha esclarecida exige cooperação mútua entre as partes. Ainda que, ao final, o paciente opte por uma alternativa que não envolva qualquer intervenção médica, para que ele chegue a essa conclusão, o profissional deve ter completado o processo informacional de maneira suficiente.

Quanto ao tema, Rafaella Nogaroli e José Luiz Júnior²⁵ já declararam:

Para que ele [paciente] faça uma escolha esclarecida, deve passar – em maior ou menor medida, de acordo com as circunstâncias concretamente consideradas – por um processo informativo e de esclarecimentos, que o levará a essa escolha e, se optar por um determinado caminho que envolva uma atuação médica, emitirá o seu consentimento. Desse modo, a escolha esclarecida do paciente se desenvolve como um processo, o qual abrange a fase informativa e de esclarecimentos, e que culminará com uma decisão, que, se for positiva (permissiva ao atendimento) e emitida pelo próprio paciente, será considerada como um consentimento ao atendimento médico.

24. DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021. p. 138-139.

25. NOGAROLI, Rafaella; JÚNIOR, José Luiz Moura Faleiros. Do consentimento informado ao processo de escolha esclarecida. *Revista IBERC*, 2021, 4.2: 179-185.

A inobservância do dever informacional, em sua essência, além de agredir os princípios basilares intrínsecos à condição humana, angaria para o médico mais uma responsabilidade, conhecida como negligência informacional²⁶. Como o dever de informação é anexo ao princípio da boa-fé objetiva, a negligência informacional caracteriza inadimplemento contratual *per se*.²⁷

Significa dizer que a privação do direito de autodeterminação do paciente, seja pela falha ou total falta da conduta informativa do especialista, poderá suscitar um ônus indenizatório ao médico, ainda que a intervenção realizada tenha sido satisfatória. Não são raras as condenações, em valores elevados, de profissionais e instituições hospitalares nesse sentido.

Em um *leading case*, no qual os pais pleiteavam ressarcimento pela piora no quadro neurológico do filho em decorrência de evidente negligência informacional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) condenou médico e hospital ao pagamento de R\$ 200.000,00 pelo inadimplemento do dever de informação e consequente ofensa ao direito de autodeterminação do paciente.²⁸

Nesse cenário, o especialista havia recomendado um procedimento cirúrgico com duração de 2 horas e anestesia local para tratar os tremores do paciente, resquícios de um traumatismo cranioencefálico. A despeito de sua própria recomendação, o médico realizou procedimento diferente: com aplicação de anestesia geral, sem que houvesse a prestação de informações adequadas à família e sem a obtenção de seu consentimento. O paciente, que teria chegado consciente ao hospital, após a cirurgia, não mais voltou a andar, tornando-se dependente de cuidados intensivos, inclusive para alimentação.

Embora não tenha sido constatado qualquer erro de ordem técnica na intervenção cirúrgica, a condenação do especialista se deu pelo consentimento genérico (*blanket consent*)²⁹ da realização de procedimento distinto do proposto, sem oportunizar ao enfermo e à sua família qualquer chance de ponderar os riscos e de, eventualmente, opor-se ao tratamento.

Na justificativa do voto vencedor, o ministro Luís Felipe Salomão assim proferiu:

Nesse rumo de ideias, de extrema importância esclarecer que o dano indenizável, não é o dano físico, a piora nas condições físicas ou neurológicas do paciente. Todavia, este dano, embora não possa ser atribuído à falha técnica do médico – e que parece

26. Respaldo legal encontrado nos artigos 6º, III e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

27. Enunciado 24, CJF. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422, do novo Código Civil, a violação aos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

28. STJ, REsp 1.540.580/DF, 4ª T., Rel.: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Rel. para o acórdão: Min. Luís Felíz Salomão, J. 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

29. Consoante o item 5 da ementa do caso em apreço: "Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado".

mesmo não ocorreu, conforme exsurge dos autos –, poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento. O dano indenizável é, na verdade, a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível.

Importante lembrar que a reponsabilidade médica, na esfera cível, só se caracteriza através da existência de um dano real e efetivo, diferentemente da perspectiva ético-moral, na qual o resultado danoso não é exigido para apuração da responsabilidade, bastando a exposição a perigo desnecessário.

No tocante à verificação de culpa do profissional, por força do disposto no art. 951 do Código Civil e no §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor³⁰, a responsabilidade decorrente da negligência informacional é subjetiva, sendo indispensável a demonstração do elemento. Todavia, em respeito e observância ao princípio da colaboração processual, nada impede que o ônus comprobativo seja incumbido ao próprio médico, uma vez que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

Por último, destaca-se que, em responsabilidade civil, é do magistrado julgador a prerrogativa exclusiva de determinar se a conduta do profissional foi ou não negligente, não pertencendo ao médico-legista avaliar esse critério. O CFM já se posicionou quanto a isso por meio do Processo-consulta n.º 19/1999:

Processo-consulta CFM n.º 19/1999: Somente o Poder Judiciário (magistratura) e os Conselhos Regionais de Medicina têm competência para, firmando o convencimento, julgar – aquele a existência da culpa estes o delito ético que envolve também a ação ou omissão culposas. Sendo assim, “exorbita competência” o médico-legista emitir parecer, ainda que por indícios, da existência ou não, de negligência, imperícia ou imprudência praticadas por médico, pois isto é um julgamento, missão privativa de juiz ou dos Conselhos Regionais de Medicina.

Logo, verificada a culpa do profissional e desde que conectada em nexos causal com algum dano de qualquer espécie, a negligência informacional, assim designada por quem de direito, gera dever de reparação ao paciente.

30. **Código Civil, Art. 951.** O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho; **Código de Defesa do Consumidor, Art. 14, § 4º.** A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

4. ESCASSEZ INFORMACIONAL EM EVENTOS RAROS DE SAÚDE E SUAS REPERCUSSÕES

Se cumprir com o dever de informação e obter uma escolha esclarecida do paciente no âmbito das doenças comuns parece ser trabalhoso, fazer o mesmo, no cenário pouco explorado das doenças raras, remete ao impossível.

O obstáculo perpetuado pela falta de acesso à informação, em um panorama como esse, afeta vigorosamente o portador da doença, seus familiares, os profissionais envolvidos, a comunidade científica e a sociedade como um todo, ao passo que desponta indagações sobre a noção de universalidade e integralidade da saúde pública brasileira, trazidas pela CF.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerada rara a doença que afeta 65 em cada 100.000 indivíduos. Elas são, em sua maioria, crônicas, progressivas e incapacitantes, podendo ser degenerativas e rapidamente fatais. Muitas não possuem cura, portanto, a intervenção médica é quase sempre sintomática e busca a diminuição das sequelas.

Outra peculiaridade inerente às doenças raras diz respeito aos diversos sintomas que variam tanto de doença para doença como de pessoa para pessoa acometida pela mesma condição. Manifestações frequentes podem simular doenças comuns, o que dificulta seu diagnóstico e, por consequência, seu tratamento.

O processo terapêutico das doenças raras exige um atendimento especializado e o ideal é que seu diagnóstico seja feito à várias mãos, dispondo da avaliação de um geneticista e de especialistas de outras áreas como neurologia, pediatria, fisioterapia, entre outras, a depender dos sintomas do enfermo. A identificação precoce da doença, a informação adequada, o aconselhamento e a assistência regular são elementos primordiais.

Na trilha desse raciocínio, convém pontuar que a atuação médica não é um evento isolado. Para que o profissional cumpra com seu ofício, além de técnica e de capacitação, é necessário o suporte de uma equipe bem treinada, uma estrutura adequada, a colaboração do paciente, o acesso à informação científica e à tecnológica sobre as medidas capazes de identificar e tratar a doença, entre outros requisitos. Em termos práticos, a ausência de qualquer dos elementos citados ocasiona empecilhos à atuação do médico que, em algum momento, suportará as consequências juntamente com o indivíduo sob seus cuidados.

Dito isso, vislumbra-se, na falta de conhecimento médico e científico sobre doenças raras, um problema real e latente. Os estudiosos associam esse fato à escassez de investimento em pesquisas e desenvolvimento de fármacos eficazes.

Pelo avançar da tecnologia, a cura para essas doenças poderia estar próxima, porém não é alcançada por falta de incentivo governamental e pelo reduzido interesse da indústria farmacêutica, que não vê possibilidade de maiores lucros nessas pesquisas.

Exemplarmente, Patrícia Alves,³¹ tecendo considerações sobre a epidermólise bolhosa, certifica:

A falta de informação sobre a doença rara epidermólise bolhosa (EB), é o que agrava o avanço em seus tratamentos, fato muito preocupante. Por possuir pouquíssimos casos, comparado a outras doenças, ela acaba se tornando desinteressante na comunidade científica e pela falta de pesquisa, ainda não foi possível encontrar uma cura e sim apenas criar um tratamento paliativo para os portadores. 70% dos problemas relacionados às doenças raras seriam resolvidos por meio de um sistema claro de informações sobre essas síndromes. Boa parte dos pacientes fica perdida dentro do SUS [Sistema Único de Saúde] por não saber ao certo que especialista buscar, onde são os centros de referência.

De um lado, depara-se com a deficiência técnica e farmacológica, entervando a diagnose por parte dos profissionais de saúde. Do outro, existe o sofrimento imensurável suportado pela parte mais vulnerável da relação que, além de ter que conviver com os sintomas da doença, custa receber tratamento e informações necessárias para exercer sua autodeterminação.

Embora seja um grande desafio, cabe ao médico buscar a certeza do diagnóstico através de investigação complementar e prestar as informações necessárias para auxiliar no controle da doença e na inclusão social de seu portador.

Cerca de 80% das doenças raras tem origem genética. Com isso em mente e na intenção de se alcançar um diagnóstico preciso, o Ministério da Saúde³² recomenda o aconselhamento genético, procedimento que também pode auxiliar os médicos no cumprimento de seu dever informacional, vejamos:

O AG é um processo de comunicação que lida com os problemas humanos associados à ocorrência ou ao risco de ocorrência de uma doença genética em uma família. Este processo envolve a participação de pessoas capacitadas apropriadamente, com o objetivo de ajudar o indivíduo ou a família a compreender os aspectos envolvidos, incluindo o diagnóstico, o curso provável da doença e o manejo disponível. Ainda, o AG tem o papel de avaliar como a hereditariedade contribui para a doença e o risco de recorrência nos familiares, bem como compreender as opções para lidar com o risco de recorrência. O AG também fornece subsídio para escolha do curso de ação que pareça apropriado à família, em função dos seus riscos e objetivos; a agir de acordo com sua decisão e a adaptar-se à doença da melhor maneira possível, considerando-se tanto um membro da família afetado quanto o risco de recorrência daquela doença.

31. ALVES, Patrícia, et al. **Doenças raras: Epidermólise Bolhosa e a necessidade de informação**. Convenit Internacional, 2019, 31.

32. **Portaria GM/MS n.º 199**, de 30 de janeiro de 2014. Diretrizes para atenção integral às pessoas com doenças raras no Sistema Único de Saúde – SUS.

E, na sequência, para complementar:

Durante o AG, as informações sobre etiologia, evolução e prognóstico da doença devem ser repassadas ao consultante e/ou familiares, juntamente com as informações acerca do risco reprodutivo. Isso deve ser feito de forma não diretiva e com discussão das opções frente ao risco de ocorrência/recorrência, favorecendo a compreensão e o seguimento da atenção ao consultante e seus familiares.

A negligência informacional e o erro no diagnóstico dessas doenças não só impedem a tomada de decisões autônomas como podem agravar o quadro clínico do enfermo e encorajar tratamentos desnecessários, questões frequentemente judicializadas.

Cumpre dizer que o profissional consegue melhores resultados ao olhar o doente e não a doença. Por isso, os deveres médicos não devem se desvincular da construção de uma relação médico-paciente humanizada, especialmente em casos tão delicados como esses.

Weverton Rosa³³, baseando-se na Política Nacional de Humanização (Humaniza – SUS), assim afirma:

Seguindo essa linha de abordagem terapêutica e do cuidado, o acolhimento é um dos pontos nevrálgicos da atenção às doenças raras. Não é incomum haver manifestações de famílias e pacientes acerca do tema, uma vez que, com exceção dos centros especializados, prevalece a desinformação na rede de atendimento do SUS, o que invariavelmente agrava a situação de saúde desta população. Nesse sentido, melhorar as formas de acolhimento aos pacientes com doenças raras pode se constituir em estratégia de redução de agravos.

Na mesma trilha, é conveniente mencionar que a transmissão de informações se torna ferramenta fundamental não apenas para garantir um diagnóstico precoce e preciso, mas também para enfrentar adversidades de ordem social como a desconstrução de ideias equivocadas e o combate à negligência midiática que assola o tema.

Sobre o assunto, leciona Aline Cavaca³⁴:

As doenças raras, de maneira semelhante, não despertam grandes interesses midiáticos, mas para as associações de pacientes e para os indivíduos acometidos, a visibilização de suas pautas torna-se essencial para maior conhecimento e interesse da sociedade e por parte do Governo. A Hemocromatose é uma doença rara (5 a 10 por cada mil pessoas podem ser portadoras do gene da doença) provocada por distúrbios do metabolismo do

33. ROSA, Weverton Vieira da Silva. *Cuidado integral aos pacientes com doenças raras no Hospital Universitário de Brasília*: subsídios para a criação do ambulatório de doenças raras. 2014.

34. CAVACA, Aline Guio, et al. Entre evidências e negligências: cobertura e invisibilidade de temas de saúde na mídia impressa portuguesa. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2015, 20: 3569-3580.

ferro, que se acumula principalmente no fígado, coração, pâncreas, pele e articulações, podendo ocasionar insuficiência funcional. Tal patologia agrega não só a negligência midiática, como também outros espectros de negligência política, econômica e até mesmo médica, que, ao ignorar seu diagnóstico diferencial, a torna uma enfermidade subdiagnosticada, subtratada na sociedade.

Na tentativa de combater essa invisibilidade, ao longo dos anos, têm sido implementadas iniciativas governamentais, como a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras (PNAIPDR), descrita na Portaria n.º 199, de 30 de janeiro de 2014; e o Programa de Formação, Capacitação e Informação em Doenças Raras. Inúmeras associações particulares de apoio a portadores de doenças raras também foram criadas. Contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Não sendo bastante o impasse do acesso à informação, os portadores de doenças raras também encontram óbice burocrático na obtenção de medicamentos eficazes para tratar suas condições. Via de regra, são fármacos de custo elevado, quase sempre experimentais, importados e, por vezes, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para que uma tecnologia seja disponibilizada pelo Estado, ela deve atender alguns requisitos éticos e científicos. A prioridade da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), órgão responsável por avaliar esses requisitos, são medicamentos com eficácia e eficiência comprovadas.

Pela dificuldade em recrutar voluntários, uma vez que a incidência dessas doenças é baixa, estudos clínicos de grande porte não podem ser realizados. Assim, ainda que um determinado medicamento realmente beneficie os pacientes, a produção de evidências em graus elevados é dificultada.

Já a eficiência do medicamento é mensurada pela ponderação entre o benefício que a tecnologia proporciona para o paciente e o custo que ela representa para o sistema, logo, se dois medicamentos proporcionam o mesmo benefício, aquele que tiver o menor custo é o mais eficiente.

No entanto, o benefício alcançado por um enfermo acometido por doenças comuns pode não ser – e geralmente não é – igualmente favorável ao portador de uma doença rara, fazendo com que esses critérios de avaliação não sejam justos e dificultem ainda mais o acesso ao tratamento.

O que frequentemente acontece é a prescrição médica de tecnologias sem evidências científicas robustas acerca da sua eficácia, justamente pela inocuidade dos demais medicamentos incorporados ao SUS ou disponibilizados pela ANS. Apesar de

não ser ideal, essa é a prática que tem funcionado e sido tolerada pelo Judiciário, devido à excepcionalidade das situações e a relevância dos direitos que estão sendo ameaçados.

É o caso da indicação de laronidase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo I, avaliada por Raquel da Silva,³⁵ que assim relatou:

A prescrição médica/laudos médico ainda que destituído de fortes evidências técnicas de efetividade da medicação em uso pelos critérios da MBE tem mostrado poder nas decisões judiciais para o fornecimento do medicamento. Importante salientar que tais justificativas encontram-se fundamentadas no código de ética médica brasileiro, com origens no juramento hipocrático, que instrui o médico no dever do cuidado, com a possibilidade de prescrever o medicamento que lhe esteja disponível, mesmo com evidências limitadas, em benefício do paciente, e isto é corroborado pela ausência de outras formas de tratamento para esta faixa etária, sob o risco de negligência.

Complicações astronômicas sobrevieram da falta de segurança jurídica, forçando os Tribunais Superiores a se posicionarem. A garantia das terapêuticas pelo SUS foi amparada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando, no Recurso Extraordinário Repetitivo n.º1165959/SP, firmou a seguinte tese:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Com relação às operadoras de assistência à saúde, por muito tempo, perdurou uma discussão acerca da natureza do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS. O Superior Tribunal de Justiça, contrariando seu próprio posicionamento anterior, passou a entender que o rol da ANS deveria ser analisado sob uma perspectiva taxativa, categórica. Se dessa forma continuasse, milhões de usuários de planos de saúde que necessitam de tratamentos não integrados ao rol teriam o direito de uma existência digna negado. Entre esses usuários estariam os portadores de doenças raras.

Após uma intensa mobilização social, foi sancionada a Lei n.º 14.454, de 21 de setembro de 2022, que afastou a natureza taxativa, conferindo ao rol um aspecto meramente exemplificativo.

Com isso, exige-se que os tratamentos não mencionados nessa lista, desde que tenham eficácia científica ou recomendação da Conitec ou sejam recomendados por pelo

35. SILVA, Raquel Tavares Boy da. **Conflitos bioéticos decorrentes do acesso a medicamentos órfãos no Brasil**: o exemplo da laronidase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo I. 2011. 119 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.

menos um órgão de avaliação de tecnologias em saúde com renome internacional, como a Federal Drug Administration (FDA) ou a Agência Europeia de Medicamentos (EMA), também sejam assegurados. Cumpre dizer que não são requisitos cumulativos, bastando a incidência de um deles para que o seu fornecimento seja devido.

A aplicação dessa Lei é vista como uma grande vitória, em especial dos portadores de doenças raras, que, além de sofrerem com a morosidade das análises e dos processos de inclusão no rol da ANS, provavelmente, pelos motivos já delineados, não teriam acesso aos medicamentos imprescindíveis à garantia da sua saúde.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

As doenças raras são caracterizadas por uma soma de incontáveis atribuições e todas elas representam algum defeito de informação: a demora em alcançar um diagnóstico assertivo; a falta de pesquisas científicas hábeis a contribuir na produção de medicamentos e no desenvolvimento de uma possível cura; o despreparo intelectual dos profissionais de saúde para orientar seus pacientes; a falta de abordagem midiática e de interesse social sobre o tema, entre outras.

Quando refletida no universo dos eventos raros em saúde, a negligência informacional é rapidamente convertida em prejuízos irreparáveis aos seus portadores. A depender do caso concreto, após a devida verificação de conduta, essa responsabilidade poderá ser imputada ao médico.

É nesse contexto que se demonstra a importância de fomentar a mobilização social acerca das doenças raras através da implementação de políticas públicas capazes de facilitar o acesso aos tratamentos, da ampliação no desenvolvimento de pesquisas científicas, da criação de campanhas educativas direcionadas ao público leigo e da interlocução entre profissionais da saúde, buscando capacitação para diagnóstico e tratamento.

Todo esse cuidado com o respeito à autonomia do paciente e sua compreensão sobre o próprio quadro de saúde encontra alicerce na preservação do que, ao nosso ver, traduz-se na maior riqueza inerente à condição humana: sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Patrícia, et al. Doenças raras: epidermólise bolhosa e a necessidade de informação. **Convenit Internacional 31** (Convenit Internacional coepta 2): São Paulo, set-dez 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit31/123-132JVBolhosa.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **El Respeto a la autonomía**. Princípios de ética biomédica. Masson S.A: Barcelona, 2002.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. Saraiva Educação SA, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 14.454**, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.454-de-21-de-setembro-de-2022-431275000>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 199**, de 30 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html>. Acesso em: 18 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Repetitivo n.º 1165959/SP**. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO EXCEPCIONAL DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA, MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA. POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Em regra, o Poder Público não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade. 2. Possibilidade, em caráter de excepcionalidade, de fornecimento gratuito do medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na Anvisa, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, desde que demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. 3. Excepcionalidade na assistência terapêutica gratuita pelo Poder Público, presentes os requisitos apontados pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob a sistemática da repercussão geral: RE 566.471 (Tema 6) e RE 657.718 (Tema 500). 4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161: “Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS”. Relator: Ministro Marco Aurélio, 21 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1303057469>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

- BRAZ, M., SCHRAMM, F. R., TELLES, J. L., REGO, S. T. D. A., & PALÁCIOS, M. (2013). **Bioética**: algumas datas e acontecimentos. Rio de Janeiro.
- CAVACA, Aline Guio, et al. Entre evidências e negligências: cobertura e invisibilidade de temas de saúde na mídia impressa portuguesa. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2015, 20: 3569-3580.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM n.º 7.401-A/98 PC/CFM/N.º 19/1999**. EMENTA. Somente o Poder Judiciário (magistratura) e os Conselhos Regionais de Medicina têm competência para, firmando o convencimento, julgar – aquele a existência da culpa, estes o delito ético que envolve também a ação ou omissão culposas Sendo assim, “exorbita competência” o médico-legista emitir parecer, ainda que por indícios, da existência ou não, de negligência, imperícia ou imprudência praticadas por médico, pois isto é um julgamento, missão privativa de juiz ou dos Conselhos Regionais de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/1999/19_1999.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- _____. **Recomendação n.º 1**, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- _____. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- _____. **Resolução n.º 2.232**, de 16 de setembro de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro, 2021. p. 141.
- FRANÇA. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, adotada em 19 de outubro de 2005 por sessão da Conferência Geral da UNESCO em Paris. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por>. Acesso em: 18 nov. 2022.
- IRIART, Jorge Alberto Bernstein, et al. Da busca pelo diagnóstico às incertezas do tratamento: desafios do cuidado para as doenças genéticas raras no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2019, 24: 3637-3650.
- LOPES, José Agostinho. Bioética: uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). **Revista Médica de Minas Gerais**, 2014, 24.2: 262-273.
- Marchini, J. F. M., & Silva, D. A. F. (2022). Aspectos Éticos na Formação do Emergencista. **JBMEDE – Jornal Brasileiro de Medicina de Emergência**, 2(2), e22008-e22008.
- MARTINS, Fernanda G. Galhego. O Consentimento e a Informação nos Cuidados Médicos. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, 2015, 12.1.
- NOGAROLI, Rafaella; JÚNIOR, José Luiz Moura Faleiros. Do consentimento informado ao processo de escolha esclarecida. **Revista IBERC**, 2021, 4.2: 179-185.
- PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica**: uma análise Jurídica orientada pela bioética. 2009. Tese de Doutorado. Curso de Direito –Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/137774>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

PORTUGAL. **Declaração de Lisboa sobre os direitos dos pacientes.** Adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981, e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ROSA, Weverton Vieira da Silva. **Cuidado integral aos pacientes com doenças raras no Hospital Universitário de Brasília:** subsídios para a criação do ambulatório de doenças raras. 2014. Trabalho de conclusão de curso – Gestão em Saúde Coletiva – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/10883/1/2014_WevertonVieiradaSilvaRosa.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVA, Raquel Tavares Boy da. **Conflitos bioéticos decorrentes do acesso a medicamentos órfãos no Brasil: o exemplo da laronidase para o tratamento da mucopolissacaridose tipo I.** 2011. 119 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, 2014, 41: 374-377.

UNIÃO EUROPEIA. **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre os direitos do paciente.** (2008/C 10/18) Em 14 de Julho de 2005, o Comité Económico e Social Europeu decidiu, nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do seu Regimento, elaborar um parecer sobre «Os direitos do paciente». A Secção Especializada de Emprego, Assuntos Sociais e Cidadania, incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, emitiu parecer em 17 de Julho de 2007 (relator: L. BOUIS). Na 438.ª reunião plenária de 26 e 27 de Setembro de 2007 (sessão de 26 de Setembro), o Comité Económico e Social Europeu adoptou, por 108 votos a favor, sem votos contra e 2 abstenções, o presente parecer. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:010:0067:0071:PT:PDF>>. Acesso em: 18 nov. 2022.

WORTHINGTON, R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. **Journal of medical ethics**, 2002, 28.6: 377-380.

BREVES NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A EVOLUÇÃO DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL

BRIEF HISTORICAL NOTES ON THE EVOLUTION OF PROFESSIONAL CIVIL LIABILITY INSURANCE IN THE AREA OF HEALTH IN BRAZIL

Karina Lanzellotti Saleme¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Linguagem das apólices. 3. Forma de contratação da apólice de responsabilidade civil profissional. 4. Momento da notificação 5. Área de atuação e especialidade. 6. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo fornece informações históricas da construção e da introdução do Seguro de Responsabilidade Civil Profissional na área da saúde no Brasil, percorrendo as diferentes técnicas e conceitos dentre as formas de contratação da apólice. Proporciona ao leitor informações simples, mas, ao mesmo tempo, elementares e basilares sobre os clausulados de Medmal no País, auxiliando na atuação tanto do corretor quanto do advogado especializado na área do Direito Médico. A construção do tema foi feita com base na doutrina, na jurisprudência e na evidência empírica.

Palavras-chave: Seguro de Responsabilidade Civil Profissional na área da saúde. História do Seguro de Responsabilidade Civil. Clausulados de Responsabilidade Civil Profissional. Informações técnicas do seguro. Direito Médico. Direito do Seguro.

Abstract: This article provides historical information on the construction and introduction of professional civil liability insurance in the health area in Brazil, covering the different techniques and concepts among the forms of contracting the policy insurance. It provides the reader simple information, but, at the same time, elementary and basic information about Medmal's clauses in the country, helping both the broker and the lawyer specialized in the area of Medical Law. The construction of the theme was based on doctrine, jurisprudence and empirical evidence.

Keywords: Professional Civil Liability Insurance in the health area. Civil Liability Insurance's History. Professional Civil Liability Clauses. Insurance technical information. Medical Law. Insurance Law.

1. Advogada; bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU); especialista em Direito Médico, Hospitalar, Laboratorial e Odontológico pela Escola Paulista de Direito (EPD); especialista em Responsabilidade Civil na Área da Saúde pela Faculdade Getúlio Vargas (FGV); diretora jurídica na Área de Responsabilidade Civil Profissional Médica da ZNT Assessoria e Consultoria e Paes Barretto Advogados; acadêmica da cátedra de Responsabilidade Civil da Academia Nacional de Seguro e Previdência (ANSP); membro do Grupo Nacional de Trabalho de Responsabilidade Civil da Associação Internacional de Direito do Seguro (AIDA); membro da Diretoria Executiva da Associação Latino-Americana de Direito Médico (Asolademe); e professora da Conhecer Seguros, responsável pelo curso Seguro de RC – Profissionais da Área da Saúde.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo possui a pretensão de convidar o leitor a um sobrevoo através de conceitos técnicos do Seguro de Responsabilidade Civil Profissional (RCP), que muitas vezes acabam não sendo estudados e são a base do entendimento desse seguro de características tão peculiares.

Antes de adentrar às questões técnicas, necessário se faz falar do ilustre e impoluto Doutor Felipe Moreira Paes Barretto², figura essencial no início da implantação e estruturação do Seguro de RCP na área da saúde no Brasil. Um sem o outro não existiria na configuração atual que temos no mercado.

Em 1992, como diretor de corretora de seguros e com aproximação junto aos hospitais, naquela ocasião, já pensando em uma cobertura de RCP para os estabelecimentos de saúde, foi ao mercado e se deparou com a General Accident, seguradora americana que possuía um multirrisco – espécie de seguro que dentro de uma única apólice cobre riscos diversos, tais como incêndio, danos elétricos, vendaval, RC operações e RCP. Tratava-se de um produto muito amplo, que não iria atender aos riscos da atividade hospitalar. Assim, Felipe desenhou exclusivamente para a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo (AHESP), juntamente com a mencionada seguradora, uma cobertura para as instituições da área de saúde, sendo denominada Pronto Seguro.

Em 1998, um *broker* (corretor) de resseguro argentino, que Felipe conheceu em Buenos Aires, dois anos antes, visitou-o em São Paulo, quando tomou conhecimento dos pormenores do Porto Seguro, encantando-se por saber que Felipe estava no mercado dos hospitais e o convidando a ir à Argentina para conhecer a forma que eles operavam o seguro naquele país. Convite esse que foi honrosamente aceito.

Quando lá chegou, encontrou um “mundo novo” nessa área. Pôde visitar a empresa San Pacific – prestadora de serviços na área de RCP no campo da saúde no mercado argentino –, que tinha muita experiência nessa área, eis que um dos sócios já havia trabalhado em uma seguradora estrangeira nesse ramo específico. Essa empresa era essencial para as seguradoras argentinas, sendo composta por equipe multiprofissional que analisava o risco, inclusive com inspeção de risco *in loco*, taxava, elaborava as condições das apólices, realizava a regulação de sinistro, entre outras atividades essenciais para uma seguradora. Não obstante, a San Pacific era a responsável pelo resseguro, ou seja, fazia todas as negociações para a seguradora e era a responsável pelo bom equilíbrio da carteira de RCP.

2. Advogado; sócio presidente da ZNT Assessoria e Consultoria Ltda. e da Paes Barretto Advogados; coordenador da cátedra de Responsabilidade Civil da Academia Nacional de Seguro e Previdência (ANSP); coordenador da Comissão Técnica de Responsabilidade Civil do SINCOR/SP; membro do Grupo Nacional de Trabalho de Responsabilidade Civil da Associação Internacional de Direito do Seguro (AIDA); e vice-presidente da Associação Latino-Americana de Direito Médico (Asolademe) – Brasil/Região Sudeste.

Diante do seu encantamento, Felipe trouxe o modelo e o implantou no Brasil. Aqui, como na Argentina, ainda não havia qualquer dado, incluindo taxas, riscos e acultramento de processos contra médicos. Toda a base tarifária que tinha era de um grupo de resseguradores internacionais, sendo que na época ainda se tinha o monopólio do Instituto de Resseguro do Brasil (IRB), assim, para haver a participação desses resseguradores, deveria haver a negativa expressa do IRB. Na época, o seguro de RCP, na área da saúde, era algo considerado arriscado para qualquer seguradora, uma vez que a apólice era a base de ocorrência e se aplicava a prescrição de 20 anos. Discorrer-se-á sobre a distinção das atuais formas de contratação da apólice em tópico específico.

Posteriormente, sob a influência e assessoria de Felipe, a Nobre Seguradora do Brasil foi a primeira seguradora que elaborou o produto específico no Brasil. Quando levaram o clausulado ao IRB, todos estavam inseguros com a aceitação, pois era algo novo e com riscos altos devido ao modelo adotado de apólice à base de ocorrência. Ademais, naturalmente, a Nobre não queria ficar com o maior risco, repassando para o Ressegurador 80% dele. Felizmente e para a surpresa de todos os envolvidos, o IRB aceitou a base de ocorrência, não sendo necessário os resseguradores estrangeiros. Utilizando-se a base tarifária daqueles resseguradores, as atividades foram iniciadas.

Assim, o clausulado específico, da forma que é conhecido, começou no final de 1999. Aliás, temos várias denominações para o mesmo produto, quais sejam: RCP na Área da Saúde, RC Médicos, RC Clínicas, RC Hospitais, Seguro de Erro Médico, Medmal (Medical Malpractice) e Heathcare Liability Insurance.

Anteriormente a isso, a antiga Real Seguros, hoje Tokio Marine, tinha a cobertura de RCP na área da saúde, mas eram condições de RC com cláusulas especiais. Tratava-se de uma verdadeira colcha de retalhos.

Existia também a Nobre Clube de Seguros, que era um clube de seguro de vida, e nele havia uma cláusula de RCP para os médicos, já que trabalhavam com essa classe, mas era um seguro somente de indenização com pagamento após o trânsito em julgado, via reembolso e sem envolver os demais custos de um processo ou possibilidade de acordo.

2. LINGUAGEM DAS APÓLICES

Para o senso comum e até mesmo para os advogados que não militam no Direito Securitário, a leitura de um clausulado é algo extremamente complicado, pois reflete a linguagem técnica proveniente dos usos e dos costumes relacionados ao seguimento.

Vários termos são, inclusive, muito semelhantes à doutrina estrangeira, derivando da mesma raiz latina³.

Segundo Walter A. Polido⁴:

a medida mais recomendável para a promoção da melhoria do entendimento acerca dos clausulados de seguros no país passa pela educação. O contrato de seguros tem, por natureza, conceito universal e, portanto, é transnacional. Não constitui, desta forma, exclusividade brasileira.

Como é sabido, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, determina que os contratos, ainda mais os de adesão, como iminentemente o contrato de seguro o é, sejam claros e de fácil entendimento pelo consumidor. Nesse sentido:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

A não observância desses dispositivos fatalmente trará prejuízos à seguradora, uma vez que o Judiciário decidirá muito mais favoravelmente ao segurado-consumidor no caso de dúvida (AC 149.922-1 – TAMG; REsp 1.300.116/SP – STJ; REsp 1.293.006/SP – STJ).

Visando a obedecer às normas legais e a facilitar a compreensão, amenizando a complexidade da matéria, incluiu-se os glossários nas apólices, os quais definem os termos técnicos utilizados no contrato de seguro. Entretanto, como já era de se esperar, as seguradoras, temendo a lei, acabaram por definir termos que muitas vezes já possuem definição legal, tornando o clausulado ainda mais complexo de ser entendido.

Existe um movimento na área do seguro que defende a criação de um código securitário, o qual facilitaria e homogeneizaria os conceitos técnicos.

3. POLIDO, Walter. **Seguros de Responsabilidade Civil**: manual prático e teórico. Curitiba: Juruá, 2013, p.372.

4. *Ibidem*, p. 372.

3. FORMAS DE CONTRATAÇÃO DA APÓLICE DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

Este tema é de importância única, pois elucidará ao leitor o entendimento histórico acerca das formas de contratação da apólice e os riscos enfrentados pelas seguradoras ao longo da evolução do Seguro de Responsabilidade Civil Profissional na área da saúde, entendendo-se, assim, o motivo inicial de zelo das companhias securitárias para comercializarem essa carteira.

O modelo que imperou no mundo, em todos os seguimentos de Seguro de Responsabilidade Civil, até a década de 1980, foi o da Apólice à Base de Ocorrência – *Occurrence Losses*. Ainda hoje alguns ramos a utilizam.

Doutrinalmente, o conceito pode ser um tanto assustador, pois afirma que o fato gerador do dano deve ocorrer durante a vigência da apólice, podendo ser reclamado a qualquer tempo⁵.

Exemplificando, o conceito se torna fácil de ser compreendido. Supondo que um médico cirurgião plástico, Davi, efetuou uma mastopexia, no ano de 2019, em uma paciente, que será chamada de Branca.

Branca ficou satisfeita com o resultado estético. Ocorre que, passados 3 anos, começou a apresentar dor, vermelhidão e inchaço em uma das mamas e procurou um médico mastologista. Após alguns exames de imagem, verificou-se que o problema advinha de uma pequena gaze que o cirurgião plástico “esqueceu” durante a mastopexia.

Assim, Branca, após 3 anos da cirurgia, sentindo-se prejudicada pelo ocorrido, resolveu processar o cirurgião Davi, que, quando tomou conhecimento do processo, não possuía nenhum seguro. Contudo, no ano de 2019, Davi tinha uma apólice à base de ocorrência de Medmal.

Dessa forma, pelas regras da apólice em comento, mesmo não tendo renovado o seguro, a cobertura securitária estaria presente, pois, no ano da cirurgia – fato gerador –, havia a contratação, não sendo importante a data da demanda judicial ou do conhecimento do processo – reclamação.

Fica claro que todas as cirurgias e atos médicos realizados por Davi, durante o ano de 2019, considerando uma apólice de vigência anual, estariam cobertos caso os pacientes resolvessem processá-lo ao longo de um tempo indeterminado, tendo como limitador tão somente o prazo prescricional que o paciente possui para propor a ação.

5. DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022, p.309.

Para esse tipo de risco, que se estende ao longo de um grande período, o mercado convencionou chamá-lo de calda longa (*long-tail*) ou risco de latência prolongada (*long-term exposure*).

Nos Estados Unidos, mais especificamente na década de 1980, em que as apólices de responsabilidade civil, não só profissional, eram exclusivamente à base de ocorrência, o mercado securitário sofreu um grande prejuízo, pois eclodiram inúmeros processos indenizatórios, em especial devido à contaminação de trabalhadores com amianto, casos em que a Corte Americana acabou por condenar os respectivos responsáveis pelos danos causados aos terceiros. Na época, não se conseguiu precisar a data exata da contaminação. Logo, os magistrados, nos casos em que os responsáveis pelos danos tinham um seguro contratado, entenderam por bem responsabilizar diversas seguradoras, de forma solidária, pela reparação do dano, somando-se os limites máximos de indenização (LMI) das respectivas apólices.

Não só a questão do amianto foi tratada dessa forma, mas inúmeros outros casos, tais como sinistros de RC produto, envolvendo o uso de certos medicamentos por tempo prolongado, assim como RC ambiental, em que não era possível estabelecer a data exata do dano. Essas decisões acarretaram um grande prejuízo financeiro e até mesmo falência de algumas companhias securitárias, pois não estavam preparadas para o pagamento de elevada indenização, ainda mais devido ao fato de que muitas das apólices tiveram o término da vigência muitos anos antes e, por conseguinte, não se esperava mais por eventual pagamento.

Diante do forte desequilíbrio do fundo mutual administrado pelas seguradoras e da necessidade de garantir um risco *long-tail*, surgiu, inicialmente, nos mercados europeu e americano, o modelo de Apólice à Base de Reclamação – *Claims Made*.

Exemplificar-se-á a forma de funcionamento dessa apólice, mas é importante ter em mente que, diferentemente da apólice à base de ocorrência, ela valoriza o momento da reclamação do terceiro que sofreu o dano como condição de gatilho, chamado usualmente de *trigger*, disparador do mecanismo de cobertura.

Em alguns países europeus, como na Espanha e na Bélgica, houve resistência inicial em sua adesão. Já na França proibiu-se a comercialização dessa modalidade de seguro, sendo admitida somente em 2002⁶.

Após o período de acomodação internacional, chegou-se à conclusão que a apólice à base de reclamação protege de forma mais harmônica tanto o consumidor quanto as seguradoras.

6. Disponível em: <<https://bit.ly/3AvoIVC>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

No Brasil, no ano 2000, as seguradoras começaram a submeter os produtos à Superintendência de Seguros Privados (Susep), sendo que a primeira apólice com essa base de contratação no ramo de RC se deu na categoria de RC produtos exteriores.

Entretanto, em 17 de março de 2001, devido à ausência de adequada compreensão e entendimento da nova modalidade de apólice, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça proibiu a *claims made*. Veja-se a Portaria SDE n.º 03:

CONSIDERANDO que decisões judiciais, decisões administrativas de diversos PROCONs, e entendimentos dos Ministérios Públicos pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve:

(...)

Divulgar o seguinte elenco de cláusulas, as quais, na forma do artigo 51 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e do artigo 56 do Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997, com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serão consideradas como abusivas, notadamente para fim de aplicação do disposto no inciso IV, do art. 22 do Decreto n.º 2.181:

(...)

11. limite temporalmente, nos contratos de seguro de responsabilidade civil, a cobertura apenas às reclamações realizadas durante a vigência do contrato, e não ao evento ou sinistro ocorrido durante a vigência;

Após, através da Circular Susep n.º 235, de 21 de outubro de 2003, admitiu-se, finalmente, a comercialização da apólice à base de reclamação, inicialmente, somente para pessoa jurídica. Em 07 de dezembro de 2004, a SDE publicou a Portaria n.º 24, revogando o item 11 da Portaria SDE n.º 03.

Atualmente, essa categoria de apólice é regulamentada pela Circular Susep n.º 637, de 27 de julho de 2021, que dispõe:

Art. 2º Para fins desta Circular, são adotadas as seguintes definições:

(...)

II - seguro de responsabilidade civil à base de reclamações (*claims made basis*): tipo de contratação em que a indenização a terceiros, pelo segurado, obedece aos seguintes requisitos:

a) os danos ou o fato gerador tenham ocorrido durante o período de vigência da apólice, ou durante o período de retroatividade; e

b) o terceiro apresente a reclamação ao segurado durante a vigência da apólice, ou durante o prazo adicional, conforme estabelecido no contrato de seguro;

Segundo Eduardo Dantas⁷:

o seguro emitido à base de RECLAMAÇÃO COM NOTIFICAÇÃO o fato gerador

7. DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022, p.309.

do dano deve ocorrer na vigência do contrato ou no prazo retroativo de cobertura, se houver, e a reclamação deve ocorrer na vigência do contrato ou no prazo adicional que é concedido para a reclamação (prazo complementar ou suplementar), caso a apólice não esteja mais vigente na seguradora que cobriria o risco.

Como já dito anteriormente, os conceitos aparentemente são complexos, mas voltar-se-á ao exemplo em que Davi é o cirurgião e Branca a paciente que realizou a mastopexia em 2019.

Na apólice à base de reclamação, em regra, para ter a cobertura securitária, Davi deveria ter uma apólice vigente em 2019 – data do fato gerador, do ato profissional – e, conseqüentemente, ter renovado a contratação até a data da ocorrência do processo – reclamação.

Alternativamente, quando a cirurgia foi realizada, o ato poderia estar dentro do prazo de retroatividade, o qual é negociado com as seguradoras, desde que o segurado não tenha conhecimento da insatisfação do paciente. Da mesma forma, alternativamente, quando houve a reclamação, poderia estar gozando do prazo adicional, que é um aditivo pago para se ter cobertura em caso de recebimento de reclamação de terceiros após o período de vigência da apólice.

Walter Polido, em sua coluna⁸, esclarece que:

a “claims made”, então, diferentemente da apólice de ocorrências, cujo gatilho disparador (trigger) do mecanismo indenizatório está centrado na data da efetiva ocorrência do sinistro, determinou que o gatilho seria disparado com a reclamação do terceiro prejudicado ao segurado, ao pleitear a indenização. Esse modelo, revolucionário no segmento dos seguros de RC, passou a ser utilizado largamente pelos mercados internacionais, inclusive o brasileiro desde o final dos anos 1980.

Hoje, no Brasil, no Seguro de RCP na área da saúde é usado, de forma ostensiva, a apólice à base de reclamação com notificação, que nada mais é do que a apólice *claims made* tradicional com acréscimo de mais um gatilho, que é a faculdade do segurado informar à seguradora, na vigência da apólice, fatos ou circunstâncias potencialmente danosos que possam dar origem a reclamações futuras amparadas pelo seguro.

Voltando ao nosso exemplo, caso Davi soubesse, através de um colega do mesmo hospital que trabalha, que Branca teria que ser submetida a nova cirurgia em decorrência do esquecimento da gaze, prudentemente, deveria avisar à seguradora de um possível processo por parte dessa paciente.

8. Disponível em <<https://bit.ly/3KoC456>>. Acesso em: 27 ago. 2022.

Com a notificação, há vantagens para o segurado, pois, mesmo que não renove a apólice, haverá a cobertura de futuro sinistro, posto que o *trigger* já foi acionado, garantindo-se a apólice vigente. Igualmente, na hipótese de renovação em outra companhia seguradora, a apólice notificada será a responsável, caso a potencial reclamação torne-se um sinistro efetivamente.

Para as seguradoras, o modelo é um pouco mais trabalhoso para efetivar as provisões técnicas, assemelhando-se, nesse quesito, às apólices à base de ocorrência⁹.

4. MOMENTO DA NOTIFICAÇÃO

Há anos se escuta no mercado acerca da obrigatoriedade, ou não, da realização da notificação junto à seguradora tão logo o profissional saiba de um possível futuro sinistro. No tópico anterior, discorreu-se sobre os benefícios da notificação, cabendo ao bom corretor e advogado orientar seus clientes nesse sentido.

É importante que fique claro que não se está abordando, até o presente momento, as informações a serem dadas à seguradora quando for feita a renovação.

Note-se que a atual Circular Susep (n.º 637/2021), que regulamenta a apólice à base de reclamação com notificação, assim como a anterior (n.º 336, de 22 de janeiro de 2007), em nenhum momento, considera a notificação mandatória, mas, tão somente, determina que, se houver circunstância relevante, deve ser feita tão logo se tome conhecimento, ou seja, durante a vigência da apólice. Destaque-se:

Art. 24. Os seguros à base de reclamações com notificações devem apresentar, no mínimo, as seguintes informações:

(...)

IV - as notificações devem ser apresentadas tão logo o segurado tome conhecimento de fatos ou circunstâncias relevantes, potencialmente danosos, que possam acarretar uma reclamação futura por parte de terceiros, nelas indicando, da forma mais completa possível, informações do evento ocorrido, do terceiro atingido, da natureza dos danos ou lesões corporais, e suas possíveis consequências.

Uma vez que a Susep não condiciona a obrigatoriedade, as seguradoras possuem liberdade de redigir seus produtos, destacando-se que, até pouco tempo, as principais seguradoras que comercializam o Medmal tinham a notificação como faculdade. Destacam-se dois clausulados vigentes:

9. POLIDO, Walter. **Seguros de Responsabilidade Civil**: manual prático e teórico. Curitiba: Juruá, 2013, p.451.

Durante o período de vigência desta apólice, é facultado ao Segurado notificar a Seguradora sobre a ocorrência de quaisquer atos, fatos ou circunstâncias que possam originar uma reclamação. A notificação também poderá ser dirigida à Seguradora durante o Prazo complementar e quando contratado, o Prazo suplementar.¹⁰

Notificações: Caso o Segurado tome conhecimento de algum fato ou circunstância que possam acarretar uma Reclamação futura por parte de Terceiros, este poderá acionar o Seguro em uma tentativa de mitigar o Prejuízo causado ao Terceiro.¹¹

Ocorre que uma das principais seguradoras no ramo tornou obrigatória a notificação. Veja-se:

3.4. O Segurado deverá notificar à Seguradora a ocorrência de quaisquer atos, fatos ou circunstâncias que possam originar uma reclamação, cuja inobservância poderá acarretar a perda do direito à indenização.¹²

Assim, tanto o segurado quanto os corretores e os advogados devem ficar sempre atentos às novas redações dos produtos, pois as atualizações têm sido frequentes e sua inobservância poderá acarretar negativa de futura cobertura.

Faz-se mister destacar que, independentemente da discussão acadêmica e conceitual sobre o tema acima, é preciso lembrar que não há renovação de apólice automática. De forma que, na prática, todas as seguradoras, ao analisarem os questionários de renovação, indagam ao segurado se possui conhecimento de algum fato que possa gerar futuro sinistro. Ou seja, as seguradoras acabam por lembrar os segurados se possuem algo a notificar quando ocorre a renovação.

Preciso é lembrar que, na atividade médica, a ocorrência de óbitos e fatos adversos são corriqueiros e que não é toda adversidade que deve ser comunicada à seguradora, pois, se assim fosse, ter-se-ia um iminente desequilíbrio da carteira, já que haveria necessidade de reserva técnica para fatos que sequer teriam a possibilidade de se tornarem um sinistro futuro. Como dito, não são todos os óbitos que devem ser comunicados, mas, se ocorrer uma morte, mesmo que tenha havido o emprego da boa prática médica, e o familiar solicitar a cópia do prontuário, ameaçar o corpo clínico e chamar a imprensa, deve-se realizar a notificação.

As seguradoras se veem compelidas a esse tipo de pergunta no questionário, uma vez que o fator IBNR¹³ (Provisão de Sinistros Ocorridos e Não Avisados) – sinistros ocorridos, porém não conhecidos ou não reclamados – pode variar, e muito, na precificação do seguro.

10. Disponível em: <<https://bityli.com/1zOxrQL>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

11. Disponível em: <<https://bityli.com/prYohxm>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

12. Disponível em: <<https://bityli.com/pQkJJaa>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

13. IBNR – do inglês, “incurred but not reported”.

5. ÁREA DE ATUAÇÃO E ESPECIALIDADE

Ainda sobre o assunto precificação, como não poderia deixar de ser, nos questionários para aceitação do risco, há a indagação da área de atuação do profissional. Note-se que a indagação é sobre área de atuação e não especialidade.

Dentro da medicina, atualmente, existem 55 especialidades médicas reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), nos moldes da Resolução CFM 2.221, de 27 de setembro de 2018. Para se tornar um especialista é necessário concluir a residência médica, adquirindo, por conseguinte, o certificado de residência e registrá-lo perante o conselho de classe. Alternativamente, o médico que não cursou a residência pode prestar a prova de título após comprovar um período mínimo de atuação e, obtendo sucesso, também deve registrar o feito.

Independentemente da especialidade, o médico recém-formado, desde que regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM) de seu estado, está formal e legalmente habilitado para atuar em qualquer procedimento médico, com a condição de não divulgar ser especialista¹⁴. Dessa forma, qualquer médico pode exercer a medicina em qualquer área de atuação, independentemente do título de especialista.

Diante dessa faculdade do médico, as seguradoras, ao analisarem o risco do profissional, questionam qual a área de atuação, para que a subscrição possa analisar a aceitação e conseqüentemente precificar o prêmio.

A base lógica, estatística e fundamental sobre a qual se amarra o contrato de seguro segue a linha das instituições financeiras, na medida em que, mediante o recrutamento de um fundo comum por meio do pagamento de um maior número possível de contribuintes, possa minimizar o risco individual deles e obter lucro por meio de uma gestão desses riscos¹⁵.

O raciocínio para uma companhia de seguro atuar em qualquer ramo é bastante simples: ela precisa recolher mais prêmios do que pagar sinistros. Utilizando alguma base emprestada e, ao longo do tempo, com a própria base da seguradora, faz-se a seguinte conta: sinistros pagos versus chances de sinistros ocorrerem e ao resultado adicionam-se as despesas de comercialização, administrativas e impostos.

Algumas áreas de atuação na medicina, tanto no mercado nacional quanto no internacional, são mais reclamadas do que outras, tais como cirurgia plástica, ginecologia/obstetrícia e ortopedia. Dessa forma, e com base no equilíbrio financeiro, a atuação nessas

14. DANTAS, Eduardo. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.476.

15. CASTRO, Karina Pinheiro de. *Seguro de Responsabilidade Médica e a Relação Médico-Pacientes ao Código de Ética Médica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p.147.

áreas traz maior risco de sinistro e, conseqüentemente, para se manter o equilíbrio da carteira, o prêmio a ser cobrado deve ser maior.

Na hipótese do profissional, quando ocorre a contratação do seguro, atuar na área de medicina de urgência e, posteriormente, mudar a dedicação de sua atividade, ele deve comunicar à seguradora sobre a alteração, sob pena de ter eventual cobertura negada em caso de sinistro. O mencionado ato está em consonância com o princípio da boa-fé objetiva dos contratos. Caso haja a majoração do risco, a companhia poderá cobrar um prêmio complementar.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

O artigo se dedicou à exposição sobre a introdução do Seguro de Responsabilidade Civil Profissional na área da saúde, o qual teve a participação ativa do Doutor Felipe Moreira Paes Barretto, que, como não poderia deixar de ser, até a atualidade atua na área, sendo uma grande referência e consultor desse segmento tão específico e sensível.

A área do Direito Médico vem crescendo exponencialmente, existindo inúmeros cursos sobre a matéria. Entretanto, o Direito do Seguro, no seguimento da Responsabilidade Civil Profissional, é ainda pouco explorado, sendo de vital importância tanto para o Direito Médico quanto para as seguradoras e os médicos, pois é a forma menos onerosa de gestão do risco financeiro da profissão.

O regime definido para a regulação dos seguros, estabelecido pelo Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, bem como a normatização da Susep, vem mostrando uma necessária evolução, assumindo não apenas o papel de garantir a indenização por dívidas decorrentes da atuação profissional do segurado, mas também satisfazendo o ressarcimento do dano à vítima potencial¹⁶.

O entendimento das premissas do Direito do Seguro nas Apólices de Responsabilidade Civil Profissional na área da saúde se torna cada vez mais importante, pois, como demonstrado no presente artigo, inúmeros detalhes existem e são primordiais para o bom desempenho dos profissionais que cercam a classe médica, seja advogado ou corretor de seguros.

16. DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022, p.309.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, p.1, 17 de março de 2015.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Desenvolvimento Econômico. **Portaria n.º 03**, de 15 de março de 2001. Divulga cláusulas, as quais, na forma do artigo 51 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e do artigo 56 do Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997, com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serão consideradas como abusivas, notadamente para fim de aplicação do disposto no inciso IV, do art. 22 do Decreto n.º 2.181. Disponível em: <<https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7986>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Desenvolvimento Econômico. **Portaria n.º 24**, de 07 de dezembro de 2004. Revoga o item 11 da Portaria SDE n.º 3, de 15 de março de 2001, que complementa o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<https://dspace.mj.gov.br/handle/1/7987>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.300.116/SP**. Direito Civil e Securitário. Proposta de Seguro de Vida. Consumidor jovem acometido por leucemia, de que se encontra curado. Seguro oferecido no âmbito da relação de trabalho. Proposta rejeitada pela seguradora, sob a mera fundamentação de doença pré-existente. Ausência de apresentação de opções. Dano moral caracterizado. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 13 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22640324/inteiro-teor-22640325>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1.293.006/SP**. Recurso Especial. Contrato de Seguro. Relação de Consumo. Cláusula Limitativa. Ocorrência de furto qualificado. Abusividade – Identificação na espécie. Violação ao direito de informação ao consumidor. Recurso Especial provido. Recorrido: Companhia de Seguros Aliança do Brasil. Relator: Ministro Massami Uyeda, 21 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21921832/inteiro-teor-21921833>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CASTRO, Karina Pinheiro de. **Seguro de Responsabilidade Médica e a Relação Médico-Pacientes ao Código de Ética Médica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Editora Roncarati. Disponível em: <[https://www.editoraroncarati.com.br/v2/table/Colunistas/Walter Polido](https://www.editoraroncarati.com.br/v2/table/Colunistas/Walter%20Polido)>. Acesso em: 28 ago. 2022.

DANTAS, Eduardo. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Direito Médico**. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 149.922-1**, da Sétima Câmara Cível. Minas Gerais, 22 de abril de 2003. Relator Antonio Carlos Cruvinell.

MYNSEN, Carolina (et al.). **Diálogos entre Direito e Medicina**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022.

POLIDO, Walter. **Seguros de Responsabilidade Civil: manual prático e teórico**. Curitiba: Juruá, 2013.

SEGUROS UNIMED. **Unimed RCP: Seguro de Responsabilidade Civil Profissional para médicos, dentistas e outros profissionais da saúde. Ramos elementares**. Disponível em: <<https://midias.segurosunimed.com.br/content/CC-Unimed-RCP-Individual-01-03-2022.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). Disponível em: <<https://www.susep.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

_____. **Circular Susep n.º 235**, de 21 de outubro de 2003. Dispõe sobre a operacionalização das apólices de seguro de responsabilidade civil à base de reclamações (claims made basis). Disponível em: <<https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-BR/search/13645?exp=56%2Fnumero%20%22RESOLUCAO%20CNSP%22%2Fdis>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Circular Susep n.º 336**, de 22 de janeiro de 2007. Dispõe sobre a operacionalização das apólices de seguro de responsabilidade civil a base de reclamações (“claims made basis”). Disponível em: <<https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-BR/search/21746?exp=%22%7B2019-%7D%22%2Fanodoc%20%22CIRCULAR%20SUSEP%22%2Fdis>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Circular Susep n.º 637**, de 27 de julho de 2021. Dispõe sobre os seguros do grupo responsabilidades. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-susep-n-637-de-27-de-julho-de-2021-334825686>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL

THE IMPACT OF CORONAVIRUS ON THE COMPENSATORY DAMAGE

Alexandre Bonna¹

João Vitor Penna²

Sumário: 1. Introdução. 2. O princípio da reparação integral do dano. 3. A crise da reparação integral do dano moral. 4. Projeções para o dano moral no pós-pandemia. 4.1. A expansão do mero aborrecimento. 4.2. A situação econômica dos ofensores. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: Reflete sobre a importância e as bases teóricas do princípio da reparação integral do dano. Apresenta os fatores que conduzem à crise do referido princípio nos campos legal, jurisprudencial e doutrinário. Aprofunda o impacto da pandemia do coronavírus no campo da quantificação do dano moral, concluindo-se que o cenário será de aviltamento dos interesses extrapatrimoniais e de utilização de critérios imorais e não condizentes com as bases da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Reparação integral. Dano moral. Coronavírus. Responsabilidade civil.

Abstract: It reflects on the importance and theoretical basis of the principle of integral compensation for damage. It presents the factors that lead to the crisis of that principle in the legal, jurisprudential and doctrinal fields. It deepens the impact of the coronavirus pandemic in the field of quantification of moral damages, concluding that the scenario will be one of debasement of off-balance sheet interests and the use of immoral criteria that are not consistent with the bases of civil liability.

Keywords: Integral compensation. Moral damages. Coronavirus. Civil liability.

1. Doutor e Mestre em Direito (UFPA). Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (Iberc). Professor do Centro Universitário do Estado Pará (Cesupa) e Escola Superior da Amazônia (Esamaz). Advogado.

2. Doutorando em Direito (USP). Mestre em Direito (UFPA). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (Iberc). Conselheiro e Membro fundador da Liga Acadêmica Jurídica do Pará – (Lajupa). Professor. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmou que “o coronavírus vai ter sérias consequências sociais, econômicas e políticas na América do Sul e África” (ESTADÃO, 2020, on-line). Nessa linha, sabe-se que a ordem jurídica é responsável por regular os direitos e os deveres na sociedade e, invariavelmente, necessitará de profundas reflexões em seus mais diversos ramos.

No presente artigo, o objeto de análise será a reparação dos danos morais³ diante dos impactos possíveis da crise econômica no contexto pós-pandemia da covid-19. Buscar-se-á avaliar se a reparação integral do dano moral, na forma como construída pelas doutrina e jurisprudência nacionais, pode sofrer algum impacto em razão da referida crise econômica, especialmente em seu duplo aspecto, quais sejam na configuração e na quantificação dos danos morais. Assim, após identificados os possíveis impactos, analisar-se-á se eles se justificam teoricamente, formulando um argumento sobre se eles devem ocorrer ou se devem ser combatidos.

Assevera-se, desde logo, que o dano moral é identificado a partir da violação de um interesse existencial/extrapatrimonial protegido juridicamente (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 232), como a igualdade, a liberdade, o cuidado em razão de vínculos de parentesco, a integridade física, a integridade psíquica, a honra, a imagem, a privacidade, a perda de ente querido, o dano temporal etc., bens jurídicos esses todos decorrentes de uma cláusula geral de proteção da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF/88)⁴, portanto, aberta à constante evolução e construção pelo legislador e pelos tribunais. Assim, uma vez identificado um interesse existencial digno de proteção em um caso concreto, outros desafios não menos complexos surgem na segunda etapa relativa a qualquer decisão completa sobre dano moral: a quantificação do valor indenizatório.

Destaca-se que a presente pesquisa não tratará da função punitiva do valor indenizatório, haja vista que não é admitida expressamente no direito brasileiro e a sua aplicação é claudicante.⁵ O ponto central da discussão, que será desenvolvida envolvendo os impactos da covid-19 no campo do dano moral, encontra-se na função compensatória, a qual busca eliminar o dano injusto, nem que seja de forma aproximativa, aprofundando a repercussão do dano na vida da vítima.

3. Cientes da controvérsia acerca da nomenclatura e a melhor adequação do termo “danos extrapatrimoniais”, nesse texto, não diferenciaremos “dano moral” de “dano extrapatrimonial”, tratando-as como categorias sinônimas.

4. Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

5. Para compreender melhor as críticas à aplicação da indenização punitiva no Brasil, ler: BONNA, 2015; BONNA, 2017.

Cabe mencionar que, no direito brasileiro, não existem parâmetros máximos ou mínimos para a fixação do valor indenizatório, nem mesmo uma fórmula cartesiana, que permita ao julgador alcançar o quantum ideal. Claro, existem alguns critérios que auxiliam nessa tarefa, como o chamado método bifásico, desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), e os previstos na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 – chamada de Reforma Trabalhista, que alterou e acrescentou dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶ –, a qual traz parâmetros mínimos em seu art. 223-G, incisos I a XII⁷, e limites máximos de indenização em seu art. 223-G, § 1º⁸.

Contudo, ao longo dos últimos anos, instaurou-se uma celeuma acerca de tais critérios de quantificação do dano moral compensatório, pois alguns critérios utilizados pela jurisprudência e endossados por parte da doutrina podem estar em afronta ao espírito por trás da proteção da pessoa humana no campo da indenização, que tem como pilar o princípio da reparação integral. Tal princípio já se encontrava em crise antes da pandemia do coronavírus e, no contexto pós-pandemia, tende a ser cada vez mais aviltado, conforme será investigado no presente trabalho.

2. O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Quando se fala em indenização por dano moral, pode soar estranho para pessoas que não lidam com o Direito, haja vista que obviamente nenhum valor em dinheiro seria capaz de apagar o estado de coisas danosas, como na morte de um ente querido ou na amputação de uma perna. Contudo, diante dessa pergunta, os irmãos Mazeaud e André Tunc (1957) problematizam: “*es ésa una razón para negarle a la víctima el abono de daños y perjuicios? En manera alguna; porque se trata precisamente de ponerse de acuerdo acerca del exacto sentido de la palabra ‘reparar’*” (MAZEAUD; TUNC, 1977, p. 438). Faz sentido. Porém, na dimensão do dano moral, a reparação se chama compensação e visa a “*reparar el daño, a menos en cierta medida*” (MAZEAUD; TUNC, 1977, p. 438-439).

6. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

7. CLT, art. 223-G: Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

8. CLT, art. 223-G, § 1º: Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até 20 vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Seguindo essa linha, em um estado ideal de coisas, o valor indenizatório deveria ser suficiente para conduzir a vítima a um estado tal qual não tivesse sofrido o dano. Ou seja, dever-se-ia buscar, tanto quanto possível, a exata extensão dele⁹ em prestígio ao *restitutio in integrum* e com vistas a pôr a vítima em situação idêntica à de antes do evento danoso, com o conjunto de seus interesses inteiramente preservados. Esse estado perquirido pela função reparatória é denominado de *status quo ante*:

Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial ou por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar (MIRANDA, 1958, p. 183).

Por conseguinte, a exata extensão do princípio da reparação integral só se aplica ao dano material, pois se torna possível recompor perfeitamente o muro, o celular, o computador, a casa, os móveis, o veículo quebrado, etc. Porém, tal princípio, ainda que em outra medida, também se aplica à indenização do dano moral, significando buscar alcançar, em maior grau possível, um valor compatível com a magnitude do dano, geralmente em dinheiro, mesmo que aproximativa e imperfeitamente.

Diversas pesquisas sólidas já foram produzidas sobre o tema da quantificação do dano moral no Brasil.¹⁰ Nessa linha e considerando que o valor indenizatório do dano moral serve para recompor, em alguma medida, a dignidade da vítima – já que o dano moral decorre da cláusula geral de tutela da pessoa –, os critérios de quantificação devem aferir o nível/grau/magnitude do dano, potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando, em maior grau, recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

O STJ vem aplicando o chamado método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que, na primeira fase, o juiz fixe o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto e, na segunda, aumente ou diminua o valor em face das circunstâncias do caso, como explicado no Recurso Especial n.º 1127913/RS, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05 de agosto de 2014:

O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso

9. O Código Civil de 2002 (Lei Federal n.º 10.406/2002) estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

10. Tem-se como exemplo: COUTO; SILVA, 2011; SANTANA, 2007; SANTOS, 2015; SANTOS, 2009.

Nesse caso, o próprio STJ, seja pelo método bifásico, seja pelo que dispõe a Súmula n.º 281, a qual estabelece que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”,¹¹ ressalta a importância de uma reflexão particularizada de cada problema que chega ao Judiciário, não admitindo qualquer forma de pré-fabricação e de tarifação/tabelamento do valor dos danos morais, pois a tarefa de arbitrar a indenização por dano moral deve ser uma tarefa individualizada para a vida da vítima, jamais limitado a uma prova dos autos ou a um caso já julgado.

Portanto, o desafio do aplicador do direito de danos está em conhecer parâmetros para quantificar a indenização. Embora “os danos morais não sejam quantificáveis com precisão exata” (SANTOS, 2009, p. 17), isso não afasta o desenvolvimento de alguns critérios objetivos e em harmonia com o ideal de proteção da vítima. Tais critérios, que serão sucintamente demonstrados a seguir, servem para investigar, de forma séria, o desequilíbrio injusto, nas mais diversas dimensões, da vida da vítima, a fim de fixar, de modo aproximativo, a reparação integral:

- a) Afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problemas psíquicos, considerando a existência da perda do prazer de realizar atividades ou a aquisição de perturbações psíquicas. Sobre tal análise, o inciso IV do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- b) afetação na vida familiar ou nos afazeres domésticos. Sobre tal análise, o inciso IV do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nessa direção ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- c) perda de projetos de vida. Sobre tal análise, o inciso IV do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) se dirige por essa perspectiva ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- d) nível de sofrimento da vítima. Sobre tal análise, o inciso II do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) diz que o juiz deverá avaliar “a intensidade do sofrimento ou da humilhação”;
- e) duração do sofrimento. Sobre tal análise, o inciso IV do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) se encaminha nessa lógica ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a extensão e a duração dos efeitos da ofensa”;

11. Lei n.º 2.083, de 12 de novembro de 1953, chamada Lei de Imprensa.

- f) repercussões no mundo exterior da vítima, nos ambientes social e familiar e em seu espírito de participação nos movimentos comunitários. Sobre tal análise, os incisos IV e XII do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) evoluem nessa direção ao preceituarem que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão” e “o grau de publicidade da ofensa”;
- g) quantidade de bens jurídicos e interesses violados;
- h) a possibilidade de recomposição/recuperação dos danos psíquico, físico, à imagem, à honra, etc. Sobre tal análise, o inciso III do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) segue por esse ângulo ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a possibilidade de superação física ou psicológica”; e
- i) grau de ofensa ao bem jurídico (BONNA, 2018, p. 109-113).

3. A CRISE DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL

Neste tópico, a pesquisa demonstrará a crise relacionada ao princípio da reparação integral do dano no campo do dano moral, crise essa que curiosamente não existe no âmbito do dano material. Em outras palavras, embora todos os ramos do direito sejam marcados pela primazia das relações existenciais sobre as patrimoniais (ser sobre o ter)¹², não existem razões racionais/éticas/jurídicas para que, quando se falar em dano moral, uma série de critérios surjam para mitigar o valor da indenização a ser paga à vítima.

Em respeito ao princípio da *restitutio in integrum*, o qual fundamenta a busca do valor indenizatório em uma visão humanista, critica-se a Lei n.º 13.467/2017 por diversas razões. Primeiramente, o § 1º do art. 223-G prevê que o juiz fixe o valor indenizatório conforme o salário do trabalhador.¹³

O referido dispositivo legal afronta a base humanista do direito de danos em diversas dimensões: a) acentua uma prevalência de relações patrimoniais em detrimento de relações existências, eis que o bem jurídico valer mais em relação a quem ganha mais, causa inúmeras outras distorções; b) promove a quebra da isonomia em relação ao direito do jurisdicionado de ter seu conflito (seu dano) julgado e valorado da mesma forma perante o Judiciário, independentemente de sua condição social ou salário; c) promove uma impossibilidade de qualquer racionalidade que dê respaldo, por exemplo,

12. Isso não significa que as relações patrimoniais não tenham importância, mas sim que “vai operar-se uma inversão, e o *ser* converter-se-á no elemento mais importante do binômio” (SARMENTO, 2008, p. 91).

13. Art. 223-G, § 1º: Limite de 3 (três) vezes o último salário da vítima para ofensa de natureza leve; 5 (cinco) vezes o último salário para ofensa de natureza média; 20 (vinte) vezes o último salário para ofensa de natureza grave e 50 (cinquenta) vezes o último salário para ofensa de natureza gravíssima.

a um funcionário de uma grande multinacional, que ganhe um salário mínimo, receber aproximadamente R\$ 50.000,00 (50 vezes o valor do último salário) pela perda de uma perna (ofensa gravíssima), enquanto um engenheiro da mesma empresa, que ganhe R\$ 10.000,00, receber R\$ 500.000,00 pela mesma lesão, como se o valor da pessoa humana, no tocante aos bens necessários para o seu florescimento e realização, tivesse a ver com a posição ou status ocupado na sociedade.

Além do mais, o ordenamento jurídico deve ter como epicentro a tutela da pessoa humana. Portanto, ao imputar os fracassos empresariais às indenizações justas pagas aos trabalhadores e limitá-las, a Lei em comento vai no caminho exatamente oposto ao da civilística contemporânea, aumentando a proteção patrimonial dos empregadores em detrimento da tutela da pessoa humana, quando o adequado seria que as categorias do direito privado se adequassem “aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais” (PERLINGIERI, 1997, p. 33).

Discorda-se, também, da análise do grau de culpabilidade do ofensor, presente no Recurso Especial n.º 959.70 do STJ¹⁴, possibilidades previstas no inciso VII do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e no parágrafo único do art. 944¹⁵ do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, visto que a perspectiva eminentemente compensatória olha apenas para a vítima e o seu menoscabo, desequilíbrio e perda em relação aos bens existenciais, de modo que, apenas na perspectiva punitiva/pedagógica/preventiva/educativa, tal parâmetro tem relevância.

Discrepa-se também da análise calcada na capacidade econômica do ofensor¹⁶, prevista inclusive como critério de quantificação no inciso XI do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), e do contexto econômico do País¹⁷, em princípio, porque o elemento nuclear do direito de danos é a recomposição do equilíbrio – de forma perfeita ou aproximada – da vida da vítima, em nada tendo importância a capacidade econômica do ofensor ou o momento econômico vivenciado pelo País.

Na mesma linha, são absolutamente infundados os critérios previstos nos incisos VIII, IX e X do art. 223-G da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que asseveram que o juiz deve estar atento à existência de “ocorrência de retratação espontânea”, “esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “perdão, tácito ou expresso”. Embora tais condutas

14. “Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 959.70, Relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Diário de Justiça do dia 26/04/2011).

15. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

16. Aponta Antonio Jevó Santos: “A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol” (SANTOS, 2015, p. 156).

17. Nesse sentido: “O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços” (SANTOS, 2015, p. 149).

sejam virtuosas e necessárias do ponto de vista ético, contribuindo para um melhor viver em sociedade e até mesmo para atenuar o dano, o fato é que não diminuem o menoscabo sofrido pela vítima, não o tornam menos importante, nem tampouco devem autorizar o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização compensatória, na medida em que o princípio que rege a compensação é a restituição integral e o dano injusto sofrido pela vítima não deve ser suportado por ela, caso haja pedido de desculpas ou retratação. Em outras palavras, uma vez que o leite é derramado, o braço é amputado, a humilhação é consumada, os salários são atrasados e/ou o abandono afetivo é realizado, o juiz deve centrar sua análise exclusivamente na magnitude do dano sofrido pela vítima.

Analogicamente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, entre os arts. 8º e 10, estabelece a obrigação do fornecedor de produtos e de serviços, que, após a inserção no mercado de consumo, obtiver conhecimento do seu alto grau de periculosidade, de imediatamente comunicar às autoridades competentes e aos consumidores. Contudo, a jurisprudência é pacífica que tal conduta em nada afeta o dever de indenizar em toda a abrangência do dano.

Ademais, a crise da reparação integral do dano moral também sofre os influxos de um Judiciário inchado e massificado, o qual se socorre em sentenças e em acórdãos padronizados para julgar os conflitos, mesmo ciente de que é preciso reconhecer diferentes valores indenizatórios para pessoas distintas em razão da magnitude do dano, como na diferença que deve existir na compensação da perda da perna de um escritor em comparação com a de um esportista. Por esse motivo, rechaça-se a prática judiciária voltada para uma fixação do quantum indenizatório de forma automática e padronizada em total desconsideração às múltiplas formas de realização humana, já que cada “sujeito é único, irrepetível e distinto” (SANTOS, 2015, p. 175-176).

Há outro elemento da aludida crise, que carece de um rigor acadêmico mais forte, e que será explicado em breves linhas a seguir. Diz respeito aos preconceitos por parte dos julgadores, que criam categorias de seres humanos, nas quais uns valem mais que outros, tal como no Admirável Mundo Novo de Aldous Huxley. Tal fato pode ser inferido a partir das indenizações extremamente baixas em casos de dano moral por perda de ente querido, quando o falecido fazia parte do sistema penitenciário – valores girando em torno de R\$ 35.000,00 (CONJUR, 2020, on-line), R\$ 30.000,00 (JORNAL JURID, 2019, on-line), R\$ 40.000,00 (TJMG, 2019, on-line) e R\$ 50.000,00 (G1 RN, 2019, on-line) –, enquanto que, em outros casos de morte (pessoas de fora do sistema prisional), o valor indenizatório varia entre R\$ 300.000,00 e R\$ 500.000,00 (CONJUR, 2015, on-line).

Diante disso, poderiam dizer que o valor indenizatório baixo é consequência do polo passivo ser o Estado. Contudo, tal raciocínio não prospera, haja vista que, quando a

proteção é patrimonial, não há qualquer alívio ou mitigação de valores indenizatórios que condenam o Estado, com cifras que chegam normalmente a R\$ 1.300.000,00 (MEDEIROS, 2019, on-line), R\$ 15.000.000,00 (PATOS HOJE, 2015, on-line), R\$ 16.000.000,00, R\$ 24.000.000,00 (NAZARETH, 2019, on-line) e R\$ 80.000.000,00 (CONJUR, 2010, on-line). Assim, as desapropriações realizadas pelo Incra, entre 2011 e 2016, segundo a AGU, geraram gastos “com juros compensatórios em torno de R\$ 978 milhões, enquanto o valor principal girou em torno de R\$ 555 milhões” (STF, 2018, p. 12).

Todo esse contexto de crise se reflete na formação de uma percepção preconceituosa em nossa jurisprudência acerca da litigância por danos morais. É a observação, um tanto incerta, de que haveria uma indústria dos danos morais, que deveria ser contida. Buscando sistematização nesse conceito, é válido observar o que afirma Flávia Portella Püschel, para quem a indústria dos danos morais é:

A percepção segundo a qual haveria no Brasil um excesso de ações judiciais propostas por supostas vítimas, as quais estariam, na verdade, interessadas em lucrar com o recebimento de altos valores concedidos pelo Poder Judiciário a título de reparação por danos morais (PÜSCHEL, 2012, p. 390).

Essa é uma percepção formada pelo senso comum, mas sem o devido amparo empírico. Quando devidamente analisado, não se sustenta. Em pesquisa encabeçada pela autora supracitada, constatou-se que as indenizações que ultrapassam o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) não passam de 3% de todos os casos coletados (PÜSCHEL, 2012, p. 395)¹⁸, o que permite concluir que, em suma, a busca por ganhos elevados não é, para efeitos de política legislativa, uma preocupação real, pois ela já é modulada pelos processos de quantificação realizados na prática dos tribunais (PÜSCHEL, 2012, p. 400-401).

Em outros trabalhos, já foi apontado que essa percepção é ainda mais alongada na prática, não abarcando apenas as hipóteses de busca por indenizações milionárias, mas também uma tentativa desenfreada de fazer com que tudo seja considerado dano moral para satisfação dos interesses ilegítimos de litigantes (PENNA; VERBICARO; LEAL, 2017, p. 89). É o que justifica que, na perspectiva de limitar a configuração desmedida do dano moral, imponham-se filtros como o chamado mero aborrecimento ou mero dissabor do cotidiano.

Por todo o apontado, percebe-se que a crise na reparação dos danos morais não é uma questão nova e ataca todos os seus domínios. O contexto de crise econômica, aliado ao fato de que as formas mais tradicionais de reparação dos danos extrapatrimoniais geralmente se traduzem em pecúnia, tendem a aprofundar a crise rumo a um recuo na proteção jurídica existencial da pessoa.

18. Para uma leitura completa da pesquisa coordenada por Flávia Portella Püschel, sugerimos a análise de PÜSCHEL, 2011.

4. PROJEÇÕES PARA O DANO MORAL NO PÓS-PANDEMIA

Este artigo não busca abordar as consequências de alguma legislação nova, imposta pela pandemia, sobre a responsabilidade civil por danos morais, mas, por outro lado, discutir formas como os danos morais, da maneira como são tratados hoje, podem ser afetados pelo raciocínio estabelecido no contexto de crise econômica iminente.

Deveria a prática da responsabilidade civil por danos morais ser modificada em alguma medida? Diversas vezes, nosso Judiciário é colocado diante dessa questão e decide atuar positivamente, intervindo socialmente e aplicando micro correções sociais e econômicas, as quais não têm nenhum controle.

Um exemplo do que se quer apontar está no recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), que tratou de caso de responsabilidade por danos morais em caso de inadimplemento contratual. O tema é bastante discutido na jurisprudência superior¹⁹, mas o que é interessante notar é a menção explícita à pandemia da covid-19 como referencial para a contenção de um determinado tipo de postura dos litigantes nessas categorias de casos. Veja-se o trecho da ementa:

APELAÇÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA (IN REM SUAM). OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS NÃO ADIMPLIDAS. IMPOSTOS. TAXAS. IPTU. TLP. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COISA JULGADA. ALCANCE. DISPOSITIVO. SENTENÇA. DANO MORAL NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...) 4. Este voto foi elaborado em pleno cerco sanitário – quarentena – provocado pela pandemia da doença covid-19. O Poder Judiciário, nesta difícil fase existencial da humanidade, precisa rever não só o conceito de dano moral, construído com excesso de voluntarismo nas últimas décadas, mas, também, os valores fixados em alguns casos. Não é justo nem é razoável impor ou manter condenações por dano moral para qualquer átimo de sensibilidade. Negócios são atividades da vida cotidiana e inadimplência contratual não gera, como regra, dano moral. 5. Haverá, como decorrência desta pandemia, um aumento exponencial dos litígios por inadimplência contratual e não só. O Poder Judiciário, como nunca, será chamado para impedir que o coronavírus transforme a sociedade em uma barbárie. É preciso conter o ânimo de se ganhar reparação econômica por qualquer desconforto, por qualquer desvio de tempo útil, por qualquer intolerância. E quando for cabível e inafastável a reparação, os valores deverão ser fixados de maneira razoável, proporcional, parcimoniosa, considerando, também, o contexto da economia brasileira e mundial e não os valores sem critérios dos pedidos que chegam aos Juízes (BRASIL -TJDFT, 2020).²⁰

19. Existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e de diversos Tribunais no sentido de que o mero inadimplemento contratual não configura, em si, dano moral, devendo se dispor de provas para a configuração da lesão extrapatrimonial. Como exemplo, citamos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp1.399.931 - MG (2013/0281903-4). Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 11/02/2014.

20. Para Conferir na íntegra: TJDFT, Acórdão n.º 1246280, 07018205320198070009, Relator(a): DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, Julgado em: 29/04/2020, Publicado em: 13/05/2020.

O julgado pode ser um prenúncio do que está por vir. Muito além de questionar a questão do dano moral diante de inadimplementos contratuais, ele atribui ao Poder Judiciário o papel quase heroico de intervir na sociedade, retirando-a da plena barbárie.

O Judiciário, porém, não possui esse papel. Dentro de um sistema de direitos, cabe ao Judiciário o papel de garantir, dentro das relações particulares, o exercício regular desses direitos, protegendo-os de intervenções indevidas²¹. Ele não intervém na sociedade – isso é o papel dos gestores de políticas públicas, que, especialmente, detém as informações pertinentes para realizar a intervenção. O juiz olha para o conflito e para as partes com os seus respectivos atos e danos causados. Ele não está com a posse dos dados reais. Então, como seria possível intervir e aliviar os impactos gravíssimos da crise, que estão em posse dos gestores públicos, os quais não vêm medindo esforços para estabelecer medidas de socorro no contexto da pandemia, com as diversas medidas provisórias e leis de flexibilização das relações privadas, bem como com a concessão ampla de crédito?

Diante de todo esse contexto, no qual as medidas de socorro e intervenção nas relações econômicas foram pensadas e implementadas pelos órgãos competentes, será que o Judiciário ainda terá um papel na flexibilização da garantia de incolumidade nessas relações? Entende-se que é muito provável que essa intervenção seja desordenada e acabe gerando mais injustiça do que correção e proteção às relações particulares.

A intervenção anunciada pelo julgado do TJDFT é bem direcionada, devendo o Judiciário trabalhar para conter o “ânimo de se ganhar reparação econômica por qualquer desconforto” e considerar no processo de fixação dos valores das indenizações o “contexto da economia brasileira e mundial”.²² Tais elementos correspondem a duas questões muito sensíveis no tratamento dos danos morais, que se ligam a duas fragilidades da própria natureza da reparação extrapatrimonial. Ligam-se à forma como é colocado o julgador a raciocinar acerca do direito à reparação de danos através de dois processos de avaliação distintos, mas interligados: a) a identificação do dano indenizável no caso; b) a quantificação do valor da indenização, ou seja, a conversão em pecúnia da lesão extrapatrimonial, como é a técnica utilizada na maioria dos casos de indenização por danos morais.

Queremos, a seguir, discutir essas duas questões, não apenas em razão do julgado acima apontado em si, mas, especialmente, porque se entende que esses serão fatores intensamente afetados pela racionalidade imposta pela crise pós-pandemia e que, em razão da fragilidade própria do instituto dos danos morais, pode ser alvo de um recrudescimento

21. A defesa de que o Direito Privado – cuja racionalidade imanente é a justiça corretiva – não é um espaço de política, devendo se concentrar na relação entre as partes, é exposta por Ernest Weirrib (WEINRIB, 1995, p. 210-211). A despeito de alguns exageros, o autor possui insights importantes que devem ser levados em conta em nossa dogmática.

22. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo APELAÇÃO CÍVEL N.º 0708001-37.2019.8.07.0020**, Acórdão N.º 1320300, Relator Desembargador Hector Valverde Santana, 5ª Turma Cível, Julgado em: 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF__07080013720198070020_6f394.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1671040926&Signature=VFF2iiOnRBZImBjL4AFecarq5vA%3D>. Acesso em: 14 dez. 2022.

na proteção dos valores existenciais²³. O julgado do TJDFT não é o problema, é apenas uma primeira manifestação, um elemento de diagnóstico.

Cada um desses processos denota sensíveis fragilidades dos danos extrapatrimoniais e, diante dessas fragilidades, a própria expansão da sua proteção acaba sendo afetada. Esses problemas não são novos e são continuidades das questões apontadas no tópico anterior. Contudo, será preciso abordá-las dentro do contexto da crise econômica pós-pandemia para uma visualização inicial do que esteja por vir.

4.1. A expansão do mero aborrecimento

A noção de que os danos morais não podem se confundir com meros aborrecimentos e dissabores do cotidiano não é nova. Como exemplo, tal questão já foi objeto do Enunciado n.º 159, da III Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2004, com o seguinte teor: “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

O objetivo dessa construção doutrinária é que os danos morais não sejam banalizados e conservem um núcleo conceitual protetivo mais rígido. Como referência para explicação da questão, veja-se o que expõe Sergio Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93).

Essa ideia, porém, possui contornos muito incertos. Não é claro o que, na prática, conta como mero dissabor ou aborrecimento do cotidiano e as linhas de distinção com os danos morais são muito tênues. Ainda, os doutrinadores não vêm se preocupando em definir conceitualmente essa categoria, talvez sob a perspectiva de que abarcaria casos muito pequenos, cuja pretensão indenizatória talvez se confundisse com uma má-fé ou um exagero da parte litigante.

23. Não somente estas questões sensíveis são relevantes no contexto pós-pandêmico. Outra forma como a pandemia da covid-19 afetou inegavelmente os danos morais é na sua situação probatória com o impedimento legal da configuração do dano moral presumido (dano moral in re ipsa) nos casos de responsabilidade civil do transportador aéreo. Pela recente Lei n.º 14.034/2020, que corresponde à conversão em Lei da Medida Provisória n.º 925, foi introduzido o art. 251-A no Código Brasileiro de Aeronáutica, cujo teor trata explicitamente do dever da vítima de “demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão”, fato este que em diversos casos é difícil ou às vezes impossível por parte dos ofendidos. Para uma primeira análise crítica deste dispositivo, conferir PENNA, 2020.

Diante disso, o mero aborrecimento entra em um contexto de expansão, reduzindo – sob pretexto de combater a alegada indústria dos danos morais – a garantia de reparação de violações que, em situações normais, deveriam ser protegidas²⁴.

Seguimos o entendimento de Flávio Tartuce:

Um dos grandes desafios práticos relativos ao dano moral diz respeito à sua presença no caso concreto, especialmente pelo fato de que, nos últimos anos, um filtro tornou-se muito forte na prática jurisprudencial brasileira, qual seja a afirmação de que os danos morais não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos sofridos pela pessoa no seu dia a dia, na sua vida cotidiana. A afirmação surgiu com o fito de evitar que o instituto caia em descrédito, como geralmente se argumenta na prática. Todavia, parece-me que, da forma como vem sendo aplicado, o efeito tem sido justamente o oposto, pois o filtro tornou-se muito espesso, fazendo com que casos que deveriam ser tidos como reparáveis deixassem de sê-lo (TARTUCE, 2018, p. 301).

Incentivado pelo combate à alegada indústria dos danos morais, esse processo de descrédito do dano extrapatrimonial já estava em curso, especialmente, quanto às violações de menor tamanho ou cujas violações são tão corriqueiras e internalizadas que deixam de ser visualizadas, como é o caso do dano pela perda do tempo útil.

Vislumbramos, porém, que a crise econômica pós-pandemia deve aprofundar a problemática, estabelecendo um contexto de redução, cada vez maior, dos casos de danos morais e freando um processo de tutela da pessoa estabelecido desde a Constituição de 1988.

Um abalo mundial com isolamento, sofrimento, perdas de amigos e de parentes e apreensão pode elevar o padrão de desconforto que os juízes consideram indenizável. Afinal, o juiz é um ser humano envolvido em seu seio social, em sua comunidade, que sente na pele os influxos das transformações econômicas, culturais, políticas, jurídicas e sociais. Em outras palavras, se, antes da pandemia, diversas situações envolvendo atrasos de voos, desvio produtivo, vícios reiterados de produtos e de serviços, dentre outras, já vinham sendo consideradas como mero dissabor, com o baque sofrido pelo Brasil e pelo mundo, a tendência é que o plexo de situações consideradas como mero aborrecimento cresça.

Os problemas com isso são diversos e deve-se pontuá-los²⁵. O primeiro deles é que a expansão da ideia de mero aborrecimento é desorientada e realizada caso a caso, permitindo que não existam linhas minimamente claras sobre o que devem contar como danos morais em uma situação concreta. Isso, porque a maioria dos casos de mero

24. Em um pequeno artigo, Amanda Flávio de Oliveira expõe a inversão gerada pela expansão da ideia: “A verdade é que pode ter sido criada a ‘indústria do mero aborrecimento’ no Brasil. O Judiciário nacional, ainda que não o perceba, pode estar enviando estímulos ao mercado de que vale a pena ser negligente com os consumidores ou descuidado com os produtos e serviços que fornece. Do ponto de vista da competitividade entre as empresas, esse incentivo pode ser nefasto, muito mais do que o da alegada ‘indústria do dano moral’. É sabido que fornecer produtos e serviços seguros e de boa qualidade custa caro. É igualmente notório que o custo de se respeitar os padrões da lei é repassado no preço. Contudo, se o desrespeito não é punido economicamente, o produto inseguro e de qualidade duvidosa se torna mais barato e tende a ganhar mercado por esse motivo” (OLIVEIRA, 2016, on-line).

25. Para uma crítica mais sólida à noção de mero aborrecimento e de indústria do dano moral, remetemos o leitor a outro escrito: PENNA; VERBICARO; LEAL, 2017.

aborrecimento não chegam, nas cortes superiores, pela própria natureza das ações – em razão dos valores da causa, as demandas por violações de pequeno tamanho geralmente são remetidas para os juizados especiais – e a uniformização da jurisprudência nesses casos é muito fragilizada. O problema que segue é que o próprio conceito de mero aborrecimento continua indeterminado, fornecendo pouca segurança aos litigantes quanto aos direitos e aos deveres que possuem.

Em segundo lugar, o fundamento para uma forte preocupação com barrar a confusão entre danos morais e meros dissabores, ou seja, a alegada indústria do dano moral é – como anteriormente tratado – uma preocupação exagerada ou até irreal, baseada em um senso comum prático, nunca empiricamente comprovado. Isso, porque não existe, de fato, uma prova de que a grande quantidade de ações de indenização por danos morais seja derivada de uma conduta de má-fé dos litigantes e não de pessoas que estejam movimentadas por um sentimento legítimo de justiça. Referenciando novamente, Flavia Portella Püschel:

Uma vez que os valores baixos das reparações dificilmente podem ser considerados estímulo à propositura de ações com objetivo de enriquecimento, é preciso considerar a possibilidade de que o grande número de ações seja simplesmente reflexo de um número maior ainda de violações de direitos não patrimoniais (PÜSCHEL, 2012, p. 398).

Por fim – e também o ponto mais importante, consequência do que anteriormente foi levantado –, não é possível ser insensível à mensagem que a expansão do conceito leva às relações privadas em geral. Com um aumento das hipóteses acobertadas pelo mero aborrecimento, a informação passada ao sujeito violado é a de que ele deverá suportar o risco vinculado àquela atividade danosa que não foi desenvolvida por ele, produzindo uma distribuição inversa dos riscos dos danos.

Essa informação, juntamente com o dever de suportar algumas perdas sendo direcionado ao ofendido, levam a uma flexibilização da proteção jurídica da pessoa em desacordo com a tendência constitucional. Nas relações negociais e consumeristas, levam à precarização dos serviços em detrimento do dever de segurança dos sujeitos participantes na relação jurídica, tendendo os agentes econômicos a se preocuparem menos com a prestação adequada dos serviços e com o cumprimento regular dos negócios, em detrimento do lucro e dos ganhos.

O que se pode concluir com essas críticas para o contexto pós-pandemia? Com estas linhas, não se quer fornecer uma crítica que leve ao abandono completo da figura do mero aborrecimento – questão que deve ser tratada com maior cuidado –, mas especialmente defender que o contexto de crise econômica não é uma boa justificativa

para aprofundamento da expansão do mero aborrecimento. Isso, porque, em um contexto de fragilidade econômica, é fácil impor aos sujeitos mais frágeis na relação – como é o caso clássico dos consumidores – a necessidade de suportar a flexibilização de normas e a perda de direitos. São nesses contextos, porém, que o papel do Judiciário, na afirmação dos direitos e das garantias mínimas protetivas da pessoa, é mais evidente e deve ser invocado com maior força. Cabe ao Judiciário servir de espaço para a proteção dos mais frágeis diante das iminentes flexibilizações econômica e política impostas pela agenda do mercado em tempos de crise.

4.2. A situação econômica dos ofensores

Diante do que se vislumbra em um contexto de pós-pandemia e tendo em conta a já instaurada crise da reparação dos danos morais e do princípio da reparação integral, o processo de quantificação desse tipo de indenização é mais um alvo fácil.

O questionamento que surge é se a situação econômica e social do País deve influenciar no processo de quantificação das indenizações por dano moral, como o julgado analisado nos induz a pensar.

Esse questionamento precisa ser destrinchado com cuidado. Quando ele é levantado – como é o caso do julgado do TJDFT –, o argumento serve para que o quantum indenizatório seja reduzido e os ofensores – geralmente empresas – não sejam muito afetados em sua atividade, já economicamente debilitada pela crise. Dificilmente esse argumento será levantado em favor da vítima e de um aumento do valor das indenizações.

Como tal, o que essa redução representa? Ela é uma forma de mitigação do princípio da reparação integral do art. 944 do CC, levando-se em conta a situação econômica das partes.

Esse não é um critério novo. A situação econômica do ofensor e da vítima como critério de mensuração do dano moral já é discutida há muito pela doutrina. É possível observar o critério em diversas análises doutrinárias²⁶ e em decisões judiciais. O critério compõe, inclusive, a segunda fase do chamado método bifásico, proposto pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino e popularizado em diversos julgados recentes do STJ²⁷. Já foi, inclusive, legislativamente previsto no já mencionado inciso XI do art. 223-G da CLT, que indica que o juiz, ao apreciar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, considerará “a situação social e econômica das partes envolvidas”.

26. Como exemplos, citamos: ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p. 241-242; SANTOS, 2015, p. 156; SANTANA, 2007, p. 35;

27. De acordo com o min. Sanseverino, são quatro os critérios que devem ser levados em conta: a) a gravidade do fato em si; b) a culpabilidade do agente; c) a eventual culpa concorrente da vítima e; d) a condição econômica das partes (SANSEVERINO, 2010, p. 288-289).

Mesmo já sendo bem conhecido, seu conceito e a forma como pode influenciar processos de quantificação são questões incertas e de difícil análise²⁸. O critério possui diversas formas como pode se manifestar e uma delas é a possibilidade de reduzir o valor de indenizações em razão da fragilidade econômica do ofensor.

A natureza própria do critério é a limitação da reparação integral – e, como tal, reparação do próprio princípio de justiça corretiva²⁹, tão caro à responsabilidade civil. Tal limitação deve ser vista com cuidado, pois ela implica em retirar do ofendido um pouco da sua compensação, ou seja, fazer com que o ofendido tenha que suportar uma parte do dano que lhe foi injustamente imposto. A razão do porquê deve a vítima suportar esse encargo não é evidente.

Isso, porque, novamente, o Judiciário, perante as relações privadas, não é um espaço de promoção de políticas públicas de tratamento de danos. O juiz possui um olhar restrito à lide, ao conflito levado à sua análise, tendo poucos elementos para julgar se aquela política de redução de indenização se justifica em um sentido consequencialista. Assim, em um contexto em que o governo não vem medindo esforços para aliviar os impactos da crise sobre as empresas, com diversas medidas provisórias e leis de flexibilização das relações privadas e com a concessão de crédito e de auxílios, será que essas empresas, devidamente socorridas, devem ainda contar com a benevolência judicial para, além de tudo isso, ainda terem que arcar menos com os danos que elas mesmas causaram?

A única forma como se vislumbra ser possível haver essa limitação da incidência da reparação integral – e da justiça corretiva – é a aplicação da ideia de justiça distributiva³⁰. Essa forma de raciocínio implicaria na distribuição proporcional dos encargos dos danos, conforme as pessoas que melhor consigam suportá-los, o que eventualmente pode fazer com que os ofensores não sejam integralmente chamados para suportar tais encargos – como é a regra própria da justiça corretiva.

Ocorre que essa distribuição deve ser orientada por um critério. Se o critério de distribuição for econômico, para essa distribuição proporcional funcionar e ser considerada justa, deve o ofensor estar em condição econômica deficiente e também a vítima se encontrar em condição de poder suportar esse dano, ou seja, estarmos diante de uma desigualdade em que a balança acaba pesando mais para o lado do ofensor.

28. Para uma análise aprofundada das formas de manifestação do critério na prática da responsabilidade civil e na quantificação de indenizações, com uma proposta de análise com base na noção de justiça distributiva, ver PENNA, 2018.

29. Justiça Corretiva é, na concepção de Aristóteles, a de justiça aplicada às relações entre indivíduos que se encarrega na retificação dos injustos surgidos tanto nas transações voluntárias (como os contratos) quanto nas involuntárias (como no roubo e no dano). Ela se contrapõe à Justiça Distributiva que é a forma de justiça preocupada com a distribuição dos bens e dos encargos sociais entre os membros da comunidade e tendo em vista seus méritos relevantes. A exposição aristotélica sobre a justiça é um modelo muito influente na formação dos ordenamentos jurídicos ocidentais e, muito além da mera sistematização dos significados da ideia de Justiça, podem ser interpretados filosoficamente como compoendo a racionalidade estruturante do Direito em si. Um bom exemplo desta leitura das formas de Justiça é encontrado em WEINRIB, 1995.

30. Existe longo debate sobre a possibilidade de aplicação da racionalidade da justiça distributiva ao Direito Privado, sendo Ernest Weinrib (WEINRIB, 1995) um dos principais defensores da sua negação, sendo o Direito Privado como um todo e a Responsabilidade Civil em especial uma prática de justiça corretiva. Aliamo-nos, porém, com a corrente que defende a aplicação excepcional da racionalidade distributiva, especificamente quando se está diante de contextos em que as relações privadas traduzem desigualdades que se tornam evidentes além da superestrutura e acabam afetando a interação dos indivíduos em si. Nesse sentido, para uma discussão mais aprofundada do tema, ver PENNA, 2018.

Nas relações econômico-privadas tradicionalmente levadas à discussão judicial, porém, esse dificilmente será o caso. Especialmente tendo em vista todas as medidas de socorro jurídico-financeiro operadas pelo Governo diante da pandemia, é muito improvável, por exemplo, que um consumidor se encontre em condição socioeconômica mais frágil do que a empresa causadora dos danos para justificar a possibilidade de relativização da reparação integral.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Concluindo estas breves linhas, buscou-se traçar alguns apontamentos e projeções acerca de pontos que podem ser afetados na responsabilidade civil por dano moral em razão da crise econômica instaurada pela pandemia da covid-19.

A crise é inevitável e já está instalada. Porém, no afã de se aliar à sociedade no enfrentamento dela, não pode o Judiciário recorrer a saídas fáceis e frágeis, que podem, a despeito de seu nobre objetivo, reduzir a proteção da pessoa e auxiliar na precarizações das relações negociais privadas.

Projetou-se como duas possíveis fontes de influência da crise sobre os danos morais a expansão do mero aborrecimento e a limitação ou redução do quantum indenizatório sob a justificativa da situação econômica, pois essas já eram questões centrais dentro de um contexto anterior, em que a reparação dos danos morais já se encontrava em crise.

Não encontramos, porém, razões para que o contexto de crise pós-pandemia justifique a relativização, a redução ou a limitação de proteções existenciais constantes no instrumental da responsabilidade civil por danos morais.

Quanto à expansão do mero aborrecimento, argumentou-se que o aumento dos casos de perdas que, por qualquer motivo, não merecem tutela judicial em favor da precarização das relações negociais e da diminuição da incidência do dever de cuidado para com as potenciais vítimas naquela relação. Isso, porque se exclui da esfera de tutela um determinado conjunto de perdas de menor tamanho, derivada de atos geralmente reiterados.

Por sua vez, quanto à quantificação das indenizações por dano moral, não se vislumbrou fundamento teórico coerente para justificar que o processo de estabelecimento do quantum seja afetado pela crise econômica pós-pandêmica. O raciocínio desenvolvido para limitar o valor de uma indenização no pós-pandemia invoca raciocínios que superam a demanda em si e que não estão dentro do espectro de possibilidades de análise do magistrado que, ao permitir uma relativização da reparação integral, afeta a vítima e faz com que ela suporte o dano, sem nenhum benefício coligado. Afinal, quem, na

maioria dos casos, recebeu diversos benefícios em forma de medidas de socorro foram as empresas, geralmente, envolvidas nas discussões em questão, gerando danos, as quais poderiam invocar a situação econômica do País como referência para a redução do seu dever compensatório.

Em ambos os casos, o que se tem é uma certa benevolência com o ofensor, como se o dano fosse derivado da situação pandêmica em si e não da intervenção ilícita na seara jurídica da pessoa. Tal postura pode levar à redução da proteção da pessoa e de seus direitos existenciais, que perdem espaço diante da proteção do patrimônio – que, curiosamente, não enseja as mesmas discussões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONNA, Alexandre Pereira. **Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman**. In: Nelson Rosenvald; Marcelo Milagres (Orgs.). Responsabilidade civil: novas tendências. 1ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, v.1 p.97-108

BONNA, Alexandre Pereira. **Identificação e quantificação do dano moral: fundamentação da decisão judicial a partir na perspectiva jurídica e ética da lei natural**. 2018. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

BONNA, Alexandre Pereira. **Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei n.º 2.083**, de 12 de novembro de 1953. Regula a Liberdade de Imprensa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202.083%2C%20DE%2012%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201953.&text=Regula%20a%20Liberdade%20de%20Imprensa.&text=Art%201%C2%BA%20C3%89%20livre%20a,de%20jornais%20e%20outros%20peri%C3%B3dicos.>. Acesso em: 22 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei n.º 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão n.º REsp1.399.931** - MG (2013/0281903-4). Relator: ministro Sidnei Beneti. Julgado em 11/02/2014. CONJUR, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resp-1399931-mg-3a-turma-stj-manteve.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 959790 ES 2007/0055491-9**. Relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento 26/04/2011, Terceira Turma, Data da Publicação 06/05/2011. JUSBRASIL, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1127913/RS**, Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014. Dizer o Direito. Manaus, 2016. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cee631121c2ec9232f3a2f028ad5c89b>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 177, n.º 16, p. 19-61, maio de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2004_177.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2332**. Rel. ministro Roberto Barroso. Julgado em 17/05/2018. Distrito Federal, 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749609804>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão n.º 1246280**, 07018205320198070009, Relator(a): Diaulas Costa Ribeiro, 8ª Turma Cível, Julgado em: 29/04/2020, Publicado em: 13/05/2020. Distrito FEDERAL, 2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo APELAÇÃO CÍVEL N.º 0708001-37.2019.8.07.0020**, Acórdão Nº 1320300, Relator Desembargador Hector Valverde Santana, 5ª Turma Cível, Julgado em: 24 de fevereiro de 2021. EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONSTRUTORA. REJEIÇÃO. DÉBITOS CONDOMINIAIS. IMPEDIMENTO DE ACESSO ÀS ÁREAS DE USO COMUM DO CONDOMÍNIO. ABUSIVIDADE. LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF__07080013720198070020_6f394.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. **Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011.

ESTADO é condenado a indenizar companheira de detento por morte em presídio. **JORNAL JURID**, [s. l.], 05 de jul. de 2019. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/estado-e-condenado-a-indenizar-companheira-de-detento-por-morte-em-presidio>>. Acesso em: 07 set. 2020.

ESTADO deve indenizar filho de preso morto em presídio, fixa TJ-MT. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-11/estado-indenizar-filho-presos-morto-presidio-fixa-tj-mt>>. Acesso em: 07 set. 2020.

ESTADO deverá indenizar por morte dentro de presídio: Mãe de preso que morreu por suposta queda de beliche receberá R\$ 40 mil. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 15 de mai. De 2019. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/estado-devera-indenizar-por-morte-dentro-de-presidio.htm#.X1qIbZnKJAJ>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

INCRA deve indenizar donos da fazenda Teijin. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jun-19/trf-determina-desapropriacao-indireta-indenizacao-dono-teijin>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

JUIZ determina indenização de R\$ 100 mil a familiares de preso morto dentro de penitenciária no RN: Mãe e filho de detento morto em janeiro de 2017, durante rebelião na Penitenciária Estadual do Seridó, deverão receber R\$ 50 mil cada, por danos morais. **G1 RN**, Natal, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2019/01/17/juiz-determina-indenizacao-de-r-100-mil-a-familiares-de-homem-morto-dentro-de-penitenciaria-no-rn.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2019.

MAZEAUD, Henri y Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Vol. 1. Tomo Primeiro. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MEDEIROS, Ângelo. Município bancará indenização milionária por desapropriação de área no litoral do SC. **Poder Judiciário de Santa Catarina**, Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-municipio-bancara-indenizacao-milionaria-por-desapropriacao-de-area-no-litoral-de-sc>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo XXII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAZARETH, Lucione. Juiz manda prefeitura pagar indenização de R\$ 16 milhões de reais por desapropriação de área em VG. **VG Notícias**, Várzea Grande, 2019. Disponível em: <<https://www.vgnoticias.com.br/juridico/juiz-manda-prefeitura-pagar-indenizacao-de-r-16-milhoes-por-desapropriacao-de-area-em-vg/62258>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **A indústria do mero aborrecimento**. Conselho Federal da OAB (site), 2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/52130/artigo-a-industria-do-mero-aborrecimento>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

OMS: coronavírus terá sérios impactos sociais, econômicos e políticos na América do Sul. **Estadão**, São Paulo, 1 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/saude/oms-coronavirus-tera-serios-impactos-sociais-economicos-e-politicos-na-america-do-sul/>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PENNA, João Vitor. **A situação econômica das partes como critério distributivo na quantificação das indenizações**. Orientadora: Pastora do Socorro Teixeira Leal. 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/10837>>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Danos extrapatrimoniais e pós-pandemia: notas críticas sobre a Lei n.º 14.034/2020. **Portal Migalhas**, [s. l.], 13 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331941/danos-extrapatrimoniais-e-pos-pandemia-notas-criticas-sobre-a-lei-14034-20>>. Acesso em: 7 set. 2020.

PENNA, João Vitor; FAMPA, Daniel Silva. A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. **Responsabilidade Civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-154.

PENNA, João Vitor; VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 26, p. 75-99, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 3º ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PREFEITURA é condenada a pagar R\$ 15 milhões pela desapropriação do mocambo. Patos Hoje, **Patos de Minas**, 2010. Disponível em: <<https://www.patoshoje.com.br/noticia/prefeitura-e-condenada-a-pagar-r-15-milhoes-pela-desapropriacao-do-mocambo-5888.html>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

PÜSCHEL, Flavia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-403.

PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência. **Série Pensando o Direito**, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set, p. 21-40, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Critérios para a fixação da indenização por dano moral. 2009. In: **CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADOS DE ESTADO – PGE-AL**, 35, 2009, Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-deestudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STJ aumenta em mais de R\$ 400 mil indenização por morte de ciclista. **Consultor Jurídico**, São Paulo. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/stj-aumenta-400-mil-indenizacao-morte-ciclista>>. Acesso em 12 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

WEINRIB, Ernest J. **The Idea of Private Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

A IMPREVISIBILIDADE DA REAÇÃO DO ORGANISMO: A ÁLEA COMO FORMA DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO CULPOSO DECORRENTE DE ATO MÉDICO

THE UNPREDICTABILITY OF THE BODY'S REACTION: THE ALEA AS A FORM OF EXCLUDING LIABILITY IN MURDER ARISING FROM A MEDICAL ACT

Mário Francisco Barbosa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A relações entre o Direito Civil e o Direito Penal. 3. Princípios norteadores. 3.1. Princípio da intervenção mínima. 3.2 Princípio da fragmentariedade. 3.3. Princípio da intervenção mínima – subsidiariedade. 3.4 Princípio da proporcionalidade 4. Princípio da responsabilidade civil e criminal do médico aplicado em caso concreto. 4.1. Responsabilidade civil. 4.2. Responsabilidade criminal. 5. A culpabilidade. 6. A imprevisibilidade da reação do organismo, álea da atividade médica, como causa supralegal de justificação – exclusão de ilicitude. 7. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho, ante a imprevisibilidade da reação de cada organismo, configurando-se como álea da área médica, sustenta que essa é causa supralegal de excludente de culpabilidade do médico, quando observado o emprego rígido da técnica de acordo com a literatura médica, na ocasião em que seja imputada ao profissional a prática do homicídio culposo decorrente de seu ato médico.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Penal. Excludente de culpabilidade. Homicídio culposo. Ato médico. Álea.

Abstract: The present work, in view of the unpredictability of the reaction of each organism, configuring itself as an alea of the medical field, maintains that this is a supralegal cause of excluding the doctor's guilt, when observing the rigid use of the technique according to the medical literature, in the occasion in which the professional is charged with the practice of manslaughter resulting from his medical act.

1. Advogado, inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Paraná sob o n.º 49.884, iniciou suas atividades profissionais em 2008 se dedicando a prestar atendimento personalizado a seus clientes, ciente da importância da causa de cada um, em especial, na área criminal, advogando em casos e operações em âmbitos estadual, nacional e internacional. Com o advento da Lei n.º 13.247, de 12 de janeiro de 2016, em fevereiro desse ano, criou a pessoa jurídica Mário Barbosa Sociedade Individual de Advocacia, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do estado do Paraná, sob o n.º 000004653. Com o fortalecimento na atuação no direito internacional, inscreveu-se no quadro da Ordem dos Advogados Portugueses – Conselho de Lisboa, sob o n.º 60693L. Como professor, lecionou as matérias Direito Digital e Direito Tributário em uma faculdade privada, na cidade de Londrina. É ex-conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Londrina, no triênio 2016-2018; membro da União de Juristas Católicos; membro da Comissão de Justiça e Paz, ambos da Arquidiocese de Londrina; membro do Observatório de Gestão Pública de Londrina; membro da Academia Latino-americana de Ciências Humanas (Alach); membro da Asociación Latinoamericana de Derecho Medico, Capítulo Brasil (Asolademe-Brasil); e conselheiro jurídico e científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem).

Keywords: Civil Law. Criminal Law. Exclusion of culpability. Manslaughter. Medical act. Alea.

1. INTRODUÇÃO

Difícil encontro conosco mesmos é quando nos propomos sair da zona de conforto e clinicar nas doenças (mazelas) sociais. Essa é a missão dos advogados: doutores da lei e verdadeiros médicos da sociedade.

Entretanto, cumpre observar que vivemos o relativismo de preceitos e de valores: ter em detrimento ao ser. Forçosamente, a madrasta economia vem sobrepondo a mãe filosofia – voltamos a viver do pão e do circo. Não diferentemente, os preceitos jurídicos criminais estão sendo flexibilizados sem pudor algum.

Contextualizado o cenário no qual vivemos, tratará o presente trabalho de princípios norteadores do Direito Penal que demonstram que o instituto deve ser aplicado somente em casos graves e relevantes. Após, será demonstrada a relação entre Direito Civil e Direito Penal, assim como o conceito da culpabilidade.

Através de um caso prático, que alcançou repercussão em vários ramos do direito, demonstrar-se-á como é aplicado o nexos de causalidade, nas esferas cível e criminal, envolvendo o ato médico.

Feito isso, será sustentado que, ante a imprevisibilidade da reação do organismo – álea de cada indivíduo –, o instituto é uma excludente de culpabilidade para o homicídio culposo decorrente de ato médico, quando respaldada a literatura médica.

2. AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PENAL

Atualmente, no Brasil, um único ato médico pode gerar reflexos jurídicos em diversas áreas do direito, como processo ético disciplinar, processo civil, processo criminal e, caso o profissional seja funcionário público, ainda poderá sofrer processo administrativo disciplinar. Todavia, a seguir será analisada, de forma breve, a relação entre o Direito Civil e o Direito Penal.

Cumpre esclarecer que o Direito Civil² é um ramo do Direito Privado e que, por

2. Segundo Dotti (2013, p. 196), o Direito Civil é, por essência e no sentido histórico da expressão (*ius civile*), o conjunto de preceitos coercitivos destinados a regular, sob o signo da justiça, as relações dos indivíduos entre si (Antunes Varela, "Direito Civil", *Polis*, 2/391). É o ramo jurídico classificado na categoria de direito privado, considerado as pessoas em suas múltiplas relações, pessoais ou patrimoniais entre si, ou mesmo com as entidades públicas, encaradas sob o aspecto meramente civil ou particular. No sentido objetivo, o Direito Civil é "o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso" (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 57).

sua vez, o Direito Penal³ se inclui no Direito Público. Ou seja, o Direito Privado trata das relações interindividuais e dos interesses privados. No âmbito do Direito Público, são alcançados os caracteres social e organizacional da sociedade como um todo.

Todavia, existem pontos de contato, a saber:

Os Direitos Penal e Civil intrincam-se por diversas frentes, entre as quais a da licitude, a da responsabilidade do agente, bem como pela proteção a diversos valores, albergados tanto nas leis civis quanto nas criminais.

No que se refere à licitude, dada a unidade do sistema jurídico, reconhecendo-se permitida determinada conduta à luz de disposição contida em norma civil, ainda que o ato possa corresponder a algum tipo penal, não haverá crime. Isto porque a existência de uma autorização, mesmo prevista fora do campo das normas penais, constituirá um comportamento produtor de riscos permitidos, ou seja, juridicamente aprovados e, portanto, sem qualquer conotação criminosa.⁴

No que tange às responsabilidades penal e civil, ainda que uma seja independente da outra, existem hipóteses em que a fixação na esfera criminal alcança a civil – art. 935 do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Quando em sentença criminal transitada em julgado reconhecer a materialidade e a autoria, condenando o réu a reparar o dano causado (inciso I do art. 91 do Código Penal [CP], Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de setembro de 1940), vinculará a sentença no âmbito cível por constituir título executivo judicial (inciso II do art. 475 -N do Código de Processo Civil [CPC], Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

Apesar disso, a responsabilidade penal é individual e personalíssima (inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal [CF]), diferente do Direito Civil que admite a responsabilidade por ato de terceiro (art. 932 do CC).

Dessa forma, feita a diferenciação entre um instituto e o outro e a abrangência da responsabilidade de cada qual, apontando os pontos que se relacionam, é possível avançar.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.1. Princípio da intervenção mínima

Define Dotti (2013, p. 118-119) o princípio da intervenção mínima como:

3. De acordo com Raizman (2019, p. 39), o direito penal é um ramo do direito público. Por seus pressupostos pode ser entendido como um apêndice do direito constitucional, pois fica vinculado aos direitos individuais como objeto de proteção, mas também, por outra parte, às disposições que regulam o poder de polícia ao momento de pautar a violência institucional.

4. (Fontes do Direito Oficial, 2017).

A defesa do princípio da intervenção mínima, que identifica o chamado Direito Penal mínimo, constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema positivo, depurando-o da insegurança jurídica e da ineficácia a que conduz o fenômeno da hipercriminalização.

Hoje, mais do que ontem, em um passado não muito distante, notamos que, em todas e quaisquer mazelas dos súditos do Estado, o legislador⁵ vem se socorrendo com as leis penais para impor o seu interesse ou o de grupos de pressão, banalizando e enfraquecendo o poder coercitivo do Direito Penal.

Nesse sentido, Dotti (Ibid., p. 118-119), argumenta:

Deve-se admitir, no entanto, que o problema não é novo e muito menos restrito a esse ou àquele país. Montesquieu já deplorava “esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infelizes e nada mais razoáveis”. E muitos outros, antes ou depois dele, também lamentaram o fenômeno, a exemplo de Lao Tseu, *Le Tao to King*: “Quando mais interditanes, /mais a desordem alastra, /mais se desenvolve a inteligência fabriqueira, /mais estranhos produtos aparecem, /mais se multiplicam os regulamentos, /mais florescem os ladrões e os bandidos”.

Assim, podemos afirmar que o fundamento coerente do princípio em voga “é a existência de um direito penal mínimo, i. e, um conjunto de princípios e regras que reserve a pena criminal para as mais graves lesões aos bens jurídicos” (Ibid., p. 118-119).

3.2. Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade deriva do princípio da intervenção mínima e, como o próprio vocábulo remete, trata-se de fragmento por ser tão somente parte de um todo.

Para Nucci (2014, p. 29), o princípio da fragmentariedade significa que:

[...] nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico. Fragmento é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas. Não deixa de ser um corolário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal. Pode-se, ainda, falar em fragmentariedade de 1.º grau e de 2.º grau. A

5. DOTTI, 2013, p.153, discorre que “Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito”. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e pranteado Min. Nelson Hungria: “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal” (Comentários, v. 7, p. 178).

primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois se protege o risco de perda ou de lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico.

Nesse viés, o Direito Penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, pois o instituto tem que se valer somente de condutas graves malélicas aos indivíduos da sociedade. Em outras palavras, o Direito Penal é para ser aplicado somente em condutas avaliadas como mais graves.

3.3 Princípio da intervenção mínima – subsidiariedade

Por sua vez, o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade caminha de braços dados com os princípios alhures citados, pois também defende a intervenção mínima do Estado em relação à aplicação da lei penal.

De acordo com Nucci (2014, p. 28), o princípio da intervenção mínima quer dizer que:

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Logo, devemos deixar de aplicar o estado de polícia (força bruta) como primeira opção para a resolução dos conflitos humanos. Sem embargos, Zaffaroni (2009, p. 189-190) advoga:

El más elemental sentido común indica que no puede ser eficaz la limitación de los derechos de todos los ciudadanos para contener el poder punitivo que se ejerce sobre estos mismos ciudadanos. La admisión resignada de un trato penal diferencial para un grupo de autores o criminales graves no puede ser eficaz para contener el avance del actual autoritarismo cool em el mundo, entre otras razones porque no será posible reducir el trato diferencial a un grupo de personas, sino que se reducirán las garantías de todos los ciudadanos ante el poder punitivo, dado que no sabemos ab initio quiénes son esas personas. El poder selectivo está siempre em manos de agencias que lo emplean según intereses coyunturales y lo usan también para otros objetivos.

Doutrinariamente, é consolidado que “o direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao

infrator” (NUCCI, 2014, p. 28). Todavia, infelizmente, na prática, o sentimento é outro. O Direito Penal se tornou a primeira opção em detrimento aos demais ramos do direito, um verdadeiro garantidor do estado democrático de direito.

É aquela máxima verdadeira: o indivíduo só compreende o efeito do abuso do estado de direito quando sofre, sente na própria pele, o ato arbitrário (abuso de poder). Até lá, como se fazia desde Roma, diverte-se com o combate (desgraça) do outro, mesmo quando notória a falta de paridade de armas entre aquele e o Estado.

3.4 Princípio da proporcionalidade

Nader (2016, p. 169) define o princípio da proporcionalidade como:

[...] critério de aplicação do Direito, não de interpretação. Esta visa a dizer o Direito vigente, ainda que o intérprete tenha harmonizado velhas fórmulas a um mundo novo. Na aplicação do princípio, o aplicador avalia os critérios adotados no esquema legal, a fim de apurar o nexo de razoabilidade entre os motivos, meios eleitos e fins colimados.

Portanto, atrelada com a popular teoria do justo-meio de Aristóteles, que, analogicamente, remete-nos à proporcionalidade somente quando alcançado o equilíbrio entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, o justo e o injusto. Assim, o meio entre eles seria a linha tênue da proporcionalidade.

O dito princípio apresenta três requisitos (NADER, 2016, p. 169):

a) o de adequação; b) o de necessidade ou exigibilidade; c) o da proporcionalidade. Pelo primeiro se apura o nexo de objetividade entre o benefício que se quer alcançar com a lei e as medidas adotadas. Depois, indaga-se da possibilidade de se alcançar o benefício pretendido mediante fórmula mais favorável aos destinatários, ou seja, que lhes imponha ônus menor. Finalmente, avalia-se a conveniência da medida, considerando-se de um lado o benefício a ser alcançado e, de outro, os encargos a serem impostos. A proporcionalidade diz respeito a intensidade da fórmula adotada. A medida às vezes parte de critério plausível, racional, justo, mas se desconfigura diante da intensidade com que é aplicada. Conforme ainda Bandeira de Mello, “os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o seu objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade [...]”.

Ou seja, o operador afere os critérios adotados na norma legal, a fim de apurar o nexo de razoabilidade entre os motivos, os meios eleitos e os fins pretendidos, aplicando, proporcionalmente, a intensidade (o justo-meio) a cada caso concreto, após a verificação da adequação, da necessidade ou da exigibilidade e da proporcionalidade propriamente ditas.

4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL DO MÉDICO APLICADO EM CASO CONCRETO

4.1. Responsabilidade civil

Como afirmado inicialmente, um único ato médico pode gerar reflexos jurídicos em diversas áreas do direito, como processo ético disciplinar, processo civil, processo criminal e, caso o profissional seja funcionário público, ainda poderá sofrer processo administrativo disciplinar. Então, a escolha do caso prático para enfrentar o tema proposto se baseou justamente em um único ato médico, o qual ocasionou quatro processos para a médica: processo no Conselho Regional de Medicina, processo administrativo disciplinar, processo civil e processo criminal.

Porém, atentar-nos-emos ao estudo de caso do processo civil, que tratou de ação de reparação de danos materiais e morais, propostos por M. S. F. e M. J. S. contra o município de Tamarana e a médica C. V. A. A. C., com fundamento nos arts. 43⁶, 186⁷, 927⁸ e 951⁹ do CC, combinados com o § 6º do art. 37¹⁰ da CF.

Em breve síntese, os autores do processo de reparação de danos, que tramitou sob o n.º 64097-97/2010, na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, estado do Paraná, relataram serem pais da criança E. G. F. S., que teria falecido em 24 de junho de 2009, tendo como causa morte “reação anafilática” após ser medicado com dipirona pela médica C. V. A. A. C., que atendia no Hospital Municipal de Tamarana. Sustentaram que a médica agiu negligentemente, visto que administrou a medicação em questão “sem se preocupar com o efeito colateral ou mesmo realizar os exames necessários, mesmo tendo tempo para tomar todas as providências”. Após, invocaram a responsabilidade dos réus pelo erro médico, pedindo condenação desses a pagarem pensão alimentícia e a compensar os danos morais.

A médica C. V. A. A. C., após ser citada, contestou a demanda afirmando ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao caso dos autos em questão. Asseverando que a responsabilidade civil do médico depende de comprovação de sua atuação culposa, mesmo porque se trata de contrato de meio (e não de resultado). Relatou que, diante do quadro clínico apresentado pelo

6. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

7. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

8. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

9. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

10. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

paciente, a administração da dipirona era a medida mais recomendada, não sendo possível prever a reação anafilática que o levou a óbito. Avocando, ainda, em seu favor, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro como excludentes do nexos causal, impugnando os pedidos de indenização por danos materiais e morais e, conseqüentemente, a improcedência da demanda.

Após, o município de Tamarana também contestou, contudo, como o foco é a responsabilidade civil da médica, desprezar-se-ão as teses sustentadas pelo ente público.

Com réplica, o processo foi saneado, vindo o juízo a considerar as partes legítimas e bem representadas, invertendo o ônus da prova e deferindo os pedidos de produção das provas periciais e oral.

Juntado o laudo do perito, que foi complementado, facultou-se, em detrimento ao devido processo legal, a manifestação das partes, sendo os autos conclusos para sentença, nos quais, de plano, revogou-se a decisão que deferiu o pedido de produção de prova oral por considerar o juízo que “o laudo elucidou com precisão e completude todas as questões de fato, cujo exame se mostra necessário para o julgamento da causa”, vindo a julgar os pedidos formulados pelos autores na peça vestibular improcedentes por compreender que:

O perito judicial, de forma muito clara, afirmou que a conduta da médica requerida – a saber, administrar dipirona ao paciente E. G. F. S., considerando o seu quadro clínico – foi adequada e seguiu o padrão recomendado pela literatura especializada (fls. 282, quesito 2.a; quesitos 3.a, 3.b e 3.c – fls. 282-283).

Mais adiante, indago se o tempo em que o paciente permaneceu em observação no hospital após a ré administrar-lhe a dipirona (10h54 às 11h40) seria suficiente para a detecção do início de possível quadro anafilático. O perito respondeu afirmativamente (fls. 284, quesito 5.g). Diante disso, o expert foi categórico ao afirmar que a médica ré não agiu com culpa (fls. 285, item 8, letra “b”), “mostrando-se diligente no atendimento, usando os recursos existentes no Hospital Municipal de Tamarana” (fls. 286, item 12).

Além disso, ao responder aos quesitos suplementares, o perito observou que a “profissional esclareceu riscos sobre a evolução do quadro e informou os pais sobre o procedimento a ser adotado”, para ao final concluir: “A) O risco de anafilaxia induzido por Dipirona é baixo” (fls. 327-328).

Ora, diante desse contexto, não há como se imputar ao Município de Tamarana e à médica ré qualquer ato de imperícia, negligência ou imprudência. Insista-se: a imprevisível reação anafilática que levou o paciente a óbito não poderia ter sido evitada pela profissional que o atendeu, a qual adotou todos os procedimentos preconizados pela literatura médica especializada.

De fato, considerado o estágio atual da ciência médica, vê-se que as técnicas de diagnóstico lamentavelmente ainda não evoluíram ao ponto de afastar por completo o risco de intercorrência como a relatada nos autos. É por isso que diviso presente, aqui, o que a doutrina denomina de erro profissional que não se confunde com a imperícia. Veja-se o magistério de Flávio Augusto Monteiro de Barros: “Já o erro profissional é o que decorre da falibilidade das regras da ciência. Difere da imperícia. No erro

profissional, o agente observa as regras do ofício, que, no entanto, por estarem em constante evolução, mostram-se imperfeitas em determinado caso concreto (ex: o anestesista ministra corretamente o medicamento na paciente, observando com rigor as regras da medicina, mas mesmo assim a morte sobrevém). O erro profissional exclui a culpa, pois a falha já não é do agente inobservar as regras recomendadas pela profissão, arte ou ofício. A imperícia constitui uma das modalidades de culpa, visto que a falha não deriva da ciência, mas do próprio agente” (Direito Penal – parte geral, Saraiva, 1999, p. 178 – grifei).

4. Por fim, sem qualquer consistência o pedido de realização de nova perícia (fls. 328-329). O laudo pericial e seu complemento se mostram perfeitamente coerentes, fornecendo informações claras, completas e seguras sobre os pontos controvertidos. O só fato de suas conclusões se mostrarem aos autores não autoriza a repetição da perícia, sobretudo porquanto esses não impugnaram a tempo o modo a qualificação do perito nem indicaram assistente técnico. Como decidiu o STJ, “Sem que a parte interessada tenha impugnado oportunamente a qualificação do perito ou nomeando assistente técnico, não pode impor ao juiz a realização de nova perícia, apenas porque a primeira lhe foi desfavorável” (REsp. n. 217-847, Terceira Turma, rel. Min. Castro Filho, julg. 4.5.2004, DJ de 17.5.2004).

Em conclusão, é de se declarar improcedente a pretensão indenizatória.

5. Do exposto, JULGO IMPROCEDENTE os pedidos formulados na petição inicial, resolvendo o processo com exame de mérito (CPC, art. 269, I).

Nesse contexto, não teve como imputar à médica ré qualquer ato de imperícia, negligência ou imprudência ante a imprevisível reação anafilática, que levou o paciente a óbito, pois não poderia ter sido evitada pela profissional que o atendeu, a qual adotou todos os procedimentos preconizados pela literatura médica especializada (imprevisibilidade da reação do organismo – álea). É como lavrou o julgador do caso: “De fato, considerado o estágio atual da ciência médica, vê-se que as técnicas de diagnóstico, lamentavelmente, ainda não evoluíram ao ponto de afastar por completo o risco de intercorrência como a relatada nos autos”.

Todas as regras da medicina foram observadas rigorosamente, mas, mesmo assim, forçosamente, a morte sobreveio. Não obstante, insatisfeita com o resultado da demanda, a parte autora interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça paranaense, requerendo a declaração de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, pois o magistrado a quo deferiu a produção de prova oral e determinou a inversão do ônus da prova, mas, logo após a realização da perícia, decidiu por julgar a lide, revogando a produção de prova oral e não considerando a negligência da médica; que o perito utilizou apenas a palavra da segunda apelada para fazer o laudo (exame indireto), não tendo tido acesso direto ao corpo da vítima, razão pela qual se faria necessária a inquirição da apelada e das testemunhas arroladas, devendo, ainda, ser reconhecida a negligência da médica, que tramitou sob o n.º 1.158.271-9, cuja relatoria recaiu na pessoa do eminente juiz relator Péricles Bellusci de Batista Pereira, da 3ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Paraná, e, ao votar o apelo, restou decidido:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RAZÕES DE RECURSO CONTRA OS FUNDAMENTOS ADOTADOS EM SENTENÇA. LEGITIMIDADE DE PARTE VERIFICADA. O DISPOSTO NO ART. 37, § 6º, DA CF, NÃO VEDA O LITISCONSÓRCIO PASSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CABEA O JUIZ DETERMINAR AS PROVAS NECESSÁRIAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DE AGENTE ESTATAL E O DANO. ATUAÇÃO, POR AGENTE PÚBLICA, DE FORMA COERENTE E FUNDAMENTADA EM PRÁTICA PADRONIZADA PELA LITERATURA ESPECIALIZADA. Só há violação ao princípio da dialeticidade quando as razões de recurso não combatem os termos da decisão recorrida, aduzindo alegações genéricas. A segunda apelada, na qualidade de médica, é parte legítima para figurar no polo passivo, pois o art. 37, § 6º, da CF, não veda o litisconsórcio passivo facultativo. Inexiste cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando o magistrado entender que não há necessidade da produção de prova em audiência. O objeto da prova é o fato relevante para a solução da divergência. Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cabe dirimir sobre a necessidade de sua realização. O laudo pericial concluiu que o procedimento médico adotado estava correto, fundamentado em prática padronizada pela literatura especializada e de acordo com a estrutura do hospital, o que configura a ausência de nexo causal entre o dano e o ato praticado por agente público. Apelação não provida (por maioria).

Os apelantes defenderam, em suas razões recursais, que deveria ser reconhecida a culpa da médica por ter atuado, segundo os recorrentes, com negligência, causando o óbito do menor E., e que o justo era haver a condenação da médica e do Hospital de Tamarana por danos morais e materiais.

No entanto, ao compulsar o laudo do exame de necropsia n.º 2316/2009 – CBP (fls. 43), aferiu-se que foi positiva para a presença de dipirona com teor de 14,6 ug/ml (laudo n.º 7266/09), e diagnosticou que a causa do óbito foi reação anafilática grave à dipirona. Porém, por meio da produção de prova pericial (fls. 278), constatou-se que a profissional da medicina procedeu de forma coerente e fundamentada em prática padronizada pela literatura especializada nos dois atendimentos prestados ao paciente (item 2.a – fls. 282).

O perito judicial chegou a esclarecer que a aplicação de dipirona poderia ter sido precedida de testes, os quais devem ser aplicados por médico especialista (alergologista), que deve analisar cada caso para definir a melhor forma de testagem (itens 5.l, 5.n e 5.o – fls. 283). Disso, verificou o julgador que não cabia à médica que atendeu o menor, conforme os seus títulos de especialização (fls. 130/132), no Pronto-socorro, ter procedido aos testes, até mesmo porque são raros os casos de alergia ao medicamento.

Por não haver a possibilidade de fazer esse teste no momento, foi reconhecido que a médica agiu corretamente ao deixar o paciente em observação no hospital, pelo prazo de 46 minutos, conforme fez prova o documento de fls. 52, das 10:54 horas, quando foi

injetado o medicamento, até as 11:40 horas da manhã (fls. 267 e fls. 284 quesito 5.s). Esse período, foi considerado pelo tribunal suficiente para que tivesse início o quadro anafilático desencadeado pela dipirona, razão pela qual o procedimento da médica foi considerado adequado.

Ainda segundo o mesmo laudo, quando o menor retornou às 20h, já em estado grave pelo tempo decorrido entre a percepção do agravamento do quadro do menor, às 16h30min, e a sua chegada ao hospital, o procedimento adotado pela profissional – tentativa de restabelecimento da estabilidade hemodinâmica – foi avaliado como adequado, estando dentro das possibilidades do serviço e da estrutura hospitalar, de acordo com o eminente relator.

O perito judicial concluiu que a demora no deslocamento foi responsável pela evolução no quadro do menor e, em quesitos complementares (fls. 318, 321 e 326), que a médica, mesmo sabendo da distância entre a residência do menor e o hospital, poderia tê-lo liberado com o histórico febril apresentado, uma vez que houve o esclarecimento dos pais sobre os riscos da evolução do quadro e sobre os procedimentos a serem adotados, o que se coaduna com o relatado pelos próprios apelantes à folha 217.

Ressaltou, ainda, o nobre magistrado que não foi possível estabelecer inequivocamente uma relação direta de causa e efeito entre a reação anafilática e a medicação realizada no hospital naquele mesmo dia – conforme os itens 7.d, 7.e e 7.h, fls. 284 –, o que rebateu, inclusive, a insurgência da Procuradoria Geral de Justiça quanto à aplicação de 0,3ml de dipirona ao menor.

Assim, não havendo provas de que houve onexo causal entre o dano – óbito do menor – e a prestação do atendimento médico, inexistiu dever de indenizar, não dando o relator provimento ao recurso.

4.2. Responsabilidade criminal

Na esfera da responsabilidade criminal (autos crime n.º 0058393-35.2012.8.16.0014, que tramitou na 2ª Vara Criminal de Londrina, Foro Central de Londrina, da Região Metropolitana de Londrina), o Ministério Público, titular da ação penal, defendeu que a médica C. V. A. A. C. agiu com incurso nas disposições do art. 121, §§ 3º e 4º, combinadas com o art. 13, § 2º, “a”, ambos artigos do CP (homicídio culposo), valorando o ato médico em sua denúncia da seguinte forma:

No dia 24 de junho de 2009, no Hospital Municipal de Tamarana (Hospital São Francisco), nessa Comarca, veio a óbito a vítima E. G. F. S., de 05 meses, em decorrência de choque anafilático após utilização de dipirona pela via intramuscular (cf. Laudo do Exame de Necropsia n.º 2316 incluso).

Segundo se apurou, no dia 24.06.2009, por volta das 10h30min, o menor E. G. F. S. foi levado, por seus pais, ao Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, em razão de apresentar sintomas de tosse e febre surgidas naquele mesmo dia, ocasião em que foi atendido pela médica denunciada C. V. A. A. C., a qual, após a realização de exame clínico e radiografia dos pulmões, estabeleceu diagnóstico de resfriado comum (IVAS – infecção de vias aéreas superiores), registou que não havia encontrado alterações na garganta, nos pulmões e nem sinais de meníngeos, bem como medicou a vítima com 0,3ml de dipirona por injeção intramuscular, tendo liberado a vítima, logo em seguida. No mesmo dia, 24.06.2009, a vítima E. G. F. S. voltou a passar mal, com piora dos sintomas, razão pela qual foi levada novamente ao Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, sendo atendido, por volta das 20h15min, pela médica C. V. A. A. C., a qual registou que a criança estava com piorado quadro clínico, com vômitos e manchas arroxeadas disseminadas no corpo, principalmente no pescoço e região perioral, sendo que foi medicado com Decadron 0,3ml e Adrenalina 0,1ml e, logo após, veio a óbito, por volta das 20h30min.

Os inclusos prontuários médicos foram analisados pela Dra. S. K. M. P., médica do Ministério Público, que elaborou o incluso **PARACER MÉDICO**, no qual se destacam os seguintes trechos:

(...)

CONSIDERAÇÕES:

De acordo com o laudo do Instituto Médico Legal de Londrina, o menor E. G. F. S., de 5 meses de idade, apresentou como causa de seu óbito um choque anafilático pós utilização de dipirona pela via intramuscular.

O choque anafilático resultante do uso de medicamentos é descrito na literatura como sendo imprevisível, sendo a anafilaxia a forma mais grave de manifestação alérgica e constitui verdadeira emergência médica. (...) Esta reação pode ter agentes causais diversos, e entre eles: venenos de insetos (formiga, abelha), alimentos (frutos do mar, amendoim, ovo), medicamentos (antibióticos do grupo beta-lactâmico, anti-inflamatórios, analgésicos, anestésicos, contraste radiológico), porém o diagnóstico da síndrome da anafilaxia é primordialmente clínico.

Como medida farmacológica, a adrenalina desempenha o principal papel na abordagem do paciente com anafilaxia.

(...) Assim, age com excelência na redução das chances de colapso cardiovascular e de obstrução das vias aéreas, duas principais causas de óbito durante um evento anafilático.

Não utilizar a adrenalina ou retardar o seu uso, pode acarretar prejuízos ao paciente, principalmente porque o curso da anafilaxia é imprevisível, e não há contra-indicação ao seu uso durante o manejo do paciente em uma reação anafilática, mesmo com coronariopatia prévia.

No atendimento a crianças na parada cardiorrespiratória, algumas particularidade devem ser consideradas como o fato de que a parada cardíaca súbita em crianças ser um evento pouco comum. (...) **A falência cardiopulmonar se caracteriza por oxigenação, ventilação e perfusão tecidual inadequadas, e clinicamente o paciente se apresenta cianótico, com respiração agônica** (...).

Continua a médica do Ministério Público:

(...)

A meta das intervenções terapêuticas é o retorno da circulação espontânea, definido como a restauração de ritmo cardíaco espontânea (ao monitor é o aparecimento de atividade elétrica organizada) com perfusão (pulsos centrais palpáveis e pressão arterial mensurável).

(...)

As manobras de abertura de vias aéreas e ventilação, principalmente na parada cardíaca em crianças, cuja principal causa é a hipóxia, são extremamente importantes e não podem ser retardadas (...).

O acesso venoso deve ser estabelecido assim que se detectar uma situação de emergência. A prioridade para o estabelecimento do acesso vascular deve ser na seguinte sequência: intravenoso, intraósseo e endotraqueal.

[...]

Conclui a referida médica o seu Parecer, nos seguintes termos:

“Pode-se concluir, com os dados documentais e literatura médica, que a conduta realizada no atendimento emergencial ao menor E. G. F. S., de 5 meses, no Pronto Socorro do Hospital de Tamarana, **não respeitou o que preconiza a boa prática médica, conforme orientações técnicas de conduta e diagnóstico ao paciente.**

Ademais, consta do incluso **Laudo do Exame de Necropsia** que **o reconhecimento do paciente com anafilaxia deve ser o mais rápido possível, e o tratamento deve ser iniciado imediatamente para diminuir o risco de razões fatais.** A presença de estridor, edema da glote, dispneia intensa, sibilos, hipotensão, arritmia cardíaca, choque, convulsões e perda da consciência **são sinais de alarme para anafilaxia com risco de vida iminente.**

Ademais, afirma o médico legista que **“no presente caso se vê que uma parte destes sintomas estava presente quando do retorno da vítima ao hospital. O comprometimento do estado geral, as alterações pulmonares surgidas poucas horas depois de medicada com dipirona e as manchas na pele (exantema) são sintomas e sinais que não estavam presentes na primeira consulta e foram observados depois na consulta de retorno, sendo forte indicativo da anafilaxia grave, induzida pelo medicamento dipirona”.**

Portanto, pelo que se depreende das provas mencionadas, verifica-se que a denunciada C. V. A. A. C. **não adotou, no Hospital Municipal São Francisco de Tamarana, na ocasião, os procedimentos médicos preconizados pela literatura médica, deixando de realizar as intervenções terapêuticas necessárias, a fim de evitar as complicações do choque anafilático, decorrente da aplicação de dipirona pela via intramuscular na vítima.**

Deixou a denunciada, assim, **de seguir as orientações já consagradas para a condução de um caso envolvendo o choque anafilático. Devia, a denunciada, ter iniciado a RCP, já que as manobras de abertura de vias aéreas e ventilação na parada cardíaca em crianças são extremamente importantes e não podem ser retardadas, devendo-se combinar a massagem cardíaca e a ventilação com a medicação.**

No presente caso, não se constatarem outras alternativas para administração da adrenalina, tendo a denunciada APENAS administrado uma única dose de adrenalina pela via subcutânea, após o insucesso da via endovenosa periférica, QUANDO OUTRA VIA DE ADMINISTRAÇÃO ERA NECESSÁRIA, CONFORME PROTOCOLO DE ATENDIMENTO NA EMERGÊNCIA.

A denunciada, pois, enquanto profissional da medicina, garantidora dos pacientes sob seus cuidados, conduziu-se na ocasião de forma não-diligente, infringindo, assim, um dever objetivo de cuidado, agindo com culpa, nas modalidades de **NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA**, dando causa à morte da vítima E. G. F. S., em decorrência de não observância ao protocolo de atendimento à PCR na criança sob seus cuidados, na medida em que como demonstrado, inobservou os deveres exigidos pelas circunstâncias; demonstrando **inação, indolência, inércia, passividade, despreparo prático e falta de conhecimento necessário exigido para a profissão, ou seja, de normas técnicas básicas dessa profissão”.**

A denúncia foi recebida pelo juízo, oportunidade em que determinou a citação da médica para responder à ação criminal, que, citada, apresentou a resposta à acusação,

sustentando: I - Da inépcia formal da exordial acusatória. Ausência de descrição de fatos criminosos. Ausência de descrição de imprudência, negligência ou imperícia do profissional médico. Prejuízo à defesa; II - Da inépcia material da denúncia. Falta de lastro probatório mínimo; III - Da ausência de demonstração de culpa nas modalidades de negligência e imperícia – Ausência de justa causa – Trancamento da ação penal; IV - Da nulidade processual. Violação do dever de motivação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal; V – Pedido de absolvição sumária; e, por fim, VI – Requeridas diligências em caráter de imprescindibilidade e arrolado testemunhas. Após análise, o juízo a quo forçosamente rechaçou as teses defensivas, determinando o prosseguimento do processo criminal, marcando a audiência de instrução e julgamento, sendo, na oportunidade, inquiridos os pais da suposta vítima, as testemunhas de acusação e as testemunhas de defesa; realizado o interrogatório, abrindo o prazo para as respectivas alegações finais pelas partes, que, apresentadas, os autos foram remetidos para sentença.

No que tange à instrução criminal, foi demonstrado que a ação penal nasceu fadada à morte. O processo foi sustentado apenas por um parecer médico, produzido unilateralmente pelo médico perito do Ministério Público, que contrariou com força – exacerbando seu mister como perito médico – o que fora decidido pelo Conselho Regional de Medicina, pela Corregedoria do Município de Londrina e pelo Juízo Cível.

Todavia, após o magistrado realizar o cortejo do conjunto probatório, compreendeu que não teve como imputar o resultado (morte) a uma omissão da médica, enquanto estava em posição de garante da vítima E. G. F. S.

Inicialmente, ressaltou que o resultado observado foi uma fatalidade. Porém, acertadamente, focou em apurar se cabia responsabilização penal à médica C. V. A. A. C. em razão de sua conduta no atendimento à vítima e não em encontrar, a qualquer custo, um responsável pelo resultado (morte) observado.

No entendimento do juiz, a ré agiu diligentemente em seu ofício, não podendo ser responsabilizada pelo resultado (morte) verificado, na medida em que outros fatores que lhe escaparam à apreensão e à deliberação ocasionaram ou auxiliaram a ocasionar a morte do filho de M. S. F. Considerou, em relação ao primeiro atendimento, que a médica agiu de forma diligente, pois a criança foi submetida à triagem, à consulta pela médica e ao exame físico. Foi também pedido exame radiográfico de tórax e, enquanto se esperava o resultado, que, conforme testemunhas, demorou a sair, foi aplicado o medicamento dipirona. Enfatizou, inclusive, que, ao tempo da consulta de retorno pela manhã, a médica constatou que a criança não estava mais febril e que a radiografia não demonstrava secreção na região torácica. Com isso, diagnosticou o caso como um resfriado comum, passou receita de remédio à mãe e orientou-a a retornar em caso de piora.

Ponderou, levando em consideração os argumentos da mãe da vítima e das testemunhas, que não havia sinais de piora e que tudo estava em ordem com a criança. Nesse sentido, julgou que não é cabível se exigir da médica que antecipasse as condições da família da vítima, impedindo-a de retornar à sua casa, argumentando que “A apresentação de uma piora tão drástica na criança escapava ao entendimento da médica e até mesmo à genitora da vítima”.

Frisa-se que, no caso concreto, os especialistas indicaram que a reação alérgica a medicamentos costuma se dar de forma instantânea, o que não ocorreu no presente caso, ficando demonstrado que a criança ficou no hospital por tempo suficiente para que se notasse estado afebril a indicar que o remédio estaria surtindo os efeitos dele esperados.

Com a piora da criança, ao final da tarde daquele fúnebre dia, os pais da vítima E. G. F. S. se esforçaram para chegar brevemente ao hospital. Porém, enfrentaram inúmeras dificuldades, como residir em zona rural e longe da área urbana; ocorrência de chuva; problemas mecânicos no carro, entre outros – a desgraça anunciada. Essas condições consistiram em um infortúnio lamentável. Não podem ser condicionadas à atuação da acusada na condição de médica e, sem sombra de dúvida, contribuíram para a morte de E. G. F. S. Como contingência, limitaram a atuação da médica a fim de agir para salvar a vida do bebê – nenhuma das partes envolvidas tinha conhecimento de eventual alergia da criança a alguma medicação.

Compulsando detidamente os autos em fomento, com a chegada da criança ao hospital, verifica-se, claramente, que todas as diligências possíveis foram tomadas pela médica e sua equipe. Heroicamente, tentou o acesso venoso na criança repetidamente, de forma que, não obtendo sucesso a equipe, decidiu a médica pela aplicação subcutânea e intramuscular. Nesse meio tempo, a criança foi entubada, apresentou muita secreção e precisou ser drenada. Após parada cardiorrespiratória, a médica iniciou as manobras para reanimar a criança, todavia, infelizmente, sem sucesso.

Pelos relatos contidos no processo, a situação da vítima era de tal intensidade que pouco poderia ser feito. O quadro do paciente evoluiu de uma maneira que não houve tempo para outras aplicações de adrenalina, como frisado pela técnica do Ministério Público, mesmo porque, a todo o momento, foi buscado o acesso venoso, segundo declaração da própria médica. Fato é que, na existência ou não de instrumento para punção intraóssea naquele hospital, há que considerar que tal elemento não pode justificar considerar a conduta da médica culposa.

Logo, o julgador reconheceu que a médica fez tudo que estava ao seu alcance para salvaguardar a vida da criança, de maneira que o juiz sentenciante não constatou

o nexu causal, advindo a improcedência da denúncia e culminando na absolvição da médica C. V. A. A. C. das disposições do artigo 121, §§ 3º e 4º, combinado com o artigo 13, § 2º, alínea “a”, ambos do CP, com fundamento no artigo 386, incisos VI, parte final, e VII, do Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Não satisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, o Ministério Público do Estado do Paraná recorreu da sentença absolutória, sendo suas razões repelidas pelos desembargadores da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça Paranaense. Ao julgarem o recurso de apelação n.º 1.604.735-7, o relator, desembargador Antonio Loyola Vieira, registrou, em seu voto, que, em pesem os argumentos sustentados nas razões recursais, bem como a compreensível irresignação dos recorrentes, verificou que a sentença absolutória deve ser mantida.

Conforme bem assinalado pelo Juiz sentenciante, “o resultado observado é uma fatalidade que entristece este Juízo e consiste num sofrimento sem dimensão aos familiares envolvidos, sentimento ao qual se presta agora respeito. Todavia, o objeto desta relação processual é apurar se cabe responsabilização penal à acusada Cristina Valéria Almeida de Azevedo Constâncio, em razão de sua conduta no atendimento à vítima, e não encontrar a qualquer custo responsável pelo triste resultado observado.

Pois bem.

Com base nos elementos fornecidos nos autos, discorda-se aqui a respeito de aventada negligência por parte da Acusada.

Logo, mesmo o Ministério Público requerendo a todo custo a condenação da médica, o Tribunal de Justiça considerou totalmente inviável a condenação dela, pois não restou demonstrando o nexu causal entre sua conduta e a morte da suposta vítima, mantendo-se a sentença londrinense e deixando claro que o Direito Penal não é para “encontrar a qualquer custo, responsável pelo triste resultado (morte)”.

5. A CULPABILIDADE

Indubitavelmente, é possível perceber que, no estudo de caso apresentado, seja na esfera cível ou na criminal, a culpabilidade está ligada ao nexu causal entre a conduta e o resultado. Entretanto, oportuno conceituarmos as culpabilidades formal e material.

Para René Ariel Dotti (Ibid., p. 445), a culpabilidade formal consiste em:

Na reprovabilidade pela formação da vontade (Jes-CHEK, Tratado, vol. I, p. 559). Para Cerezo Mir, “la culpabilidad é culpabilidad de la colundad. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción (u omisión)

típica y antijurídica, em lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico” (Derecho Penal, p. 883). “Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade)” (Prado, Cruso, p. 464).

Em outras palavras, pode-se também dizer que a culpabilidade é a reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e às proibições do Direito (Cury, Derecho Penal, II, p. 7). Isso significa que o agente é censurado pela adoção de uma conduta contrária ao Direito, quando podia e devia agir de modo diverso.

Todavia, para Dotti (Ibid., p. 445/446), o conceito material de culpabilidade:

Deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de autodeterminação segundo critérios normativos. (...) Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores iminentes à sociedade democrática” (Curso, vol. 1, p. 477).

Uma vez conceituada a culpabilidade nas modalidades acima descritas, existem as exclusões de ilicitude (da culpabilidade), quais sejam: legítima defesa; exercício de um direito; cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; e o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Todavia, o que interessa para o presente trabalho são justamente as causas supralegais de justificação – não descritas em lei –, como veremos a seguir.

6. A IMPREVISIBILIDADE DA REAÇÃO DO ORGANISMO, ÁLEA DA ATIVIDADE MÉDICA, COMO CAUSA SUPRALEGAL DE JUSTIFICAÇÃO – EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Bem, após percorrermos alguns princípios, conceitos e caso prático para podermos discutir a álea médica como excludente de nexos causalidade e como forma supralegal de justificação para a exclusão de ilicitude – descrita no artigo art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do CP (homicídio culposo) – por ato médico, podemos enfrentar o tema com propriedade.

Dispõem os artigos:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Portanto, havendo a demonstração do nexo de causalidade com a conduta – ato médico realizado – e o resultado – morte –, o médico poderá responder por homicídio culposo. Até aí, não inovamos e não constatamos divergência na doutrina e na jurisprudência.

No entanto, a teoria da imprevisão da resposta biológica, ante a característica biológica de cada pessoa e tendo por base seu metabolismo, a nosso ver, apresenta-se como legítima causa supralegal de excludente de ilicitude – do crime de homicídio culposo –, haja vista que, atualmente, é impossível prever quais serão as consequências de um tratamento.

Veja, como apontado pelo professor Ivo Antônio Vieira ao proferir aula na pós-graduação da Universidade Corporativa da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Anadem), a UCA, no segundo semestre do ano de 2021, o mesmo medicamento pode curar, manter o quadro clínico inalterado ou mesmo agravá-lo e levar o indivíduo à morte. Entre outras palavras, o mesmo medicamento pode agir de maneira diversa em cada indivíduo.

Sendo o homicídio culposo um tipo aberto, podemos afirmar que:

Tipos abertos no sentido já anteriormente assinalado de que uma característica do tipo de injusto deve ser complementada por via judicial ou doutrinária. Isto não implica qualquer lesão ao princípio da legalidade, de vez que a própria natureza das coisas impede que se possam descrever com maior exatidão na lei todos os comportamentos negligentes suscetíveis de ocorrer ou realizar-se (CONDE, Francisco Muñoz apud GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, p. 206).

Então, por um silogismo elementar, todo homicídio culposo dependerá de complementação judicial para analisar o nexo de causalidade – negligência, imprudência e imperícia do ato médico –, para autorizar a ação penal e, posteriormente, eventual condenação – como vimos nos tópicos acima.

Leciona René Ariel Dotti (Ibid., p. 526) que:

Apesar do CP não conter disposição semelhante à norma do art. 31 do diploma português, a doutrina e a jurisprudência orientam-se no sentido de admitir a existência de hipóteses que, embora não previstas diretamente no rol das causas indicadas pelo CP, devem ser reconhecidas para se excluir a ilicitude do fato. Em tal sentido é a lição de Silva Franco: “A ausência de uma explícita regra geral não impede, contudo, o reconhecimento de causas excludentes de ilicitude fora do rol legal (como, por exemplo, o consentimento do titular do direito, o direito de correção dos mestres, fundada no direito consuetudinário, o estado de necessidade do direito civil, o direito de informação, etc.)” (Código Penal, p. 341). Este é também o entendimento de Toledo, ao sustentar que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem a uma estreita concepção positivista do Direito, às hipóteses que, “sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal (Princípios, p. 171).

Sendo assim, podemos afirmar, categoricamente, que todo homicídio culposo dependerá de complementação judicial para, após detida análise do caso (nexo de causalidade – negligência, imprudência e imperícia do ato médico), autorizar uma condenação.

Nesse mesmo sentido (Ibid., p. 466), lecionou:

Em todas as hipóteses dos tipos penais abertos, o preenchimento da tipicidade depende do reconhecimento, feito pelo juiz, de que a conduta (ação ou omissão) desobedeceu os deveres objetivos de cautela impostos pela vida comunitária nas variadas formas de atividade humana. Muito apropriadamente, Ferrajoli comenta que, em tais hipóteses, existem “spazi di discrezionalità della verità politica gli spazi d’incertezza aperti in varia misura dall’indecidibilità della verità processuale”. Tais espaços não dependem (como ele mesmo esclarece) da vontade do juiz, mas da inexistência ou insuficiente satisfação da regra semântica na qual se exprime o princípio da legalidade estrita. Assim ocorre

pela presença, na lei, “di espressioni indeterminate o di antinomie semantiche e dalla conseguente inverificabilità dele denotazione penali dei presupposti dele decisioni” (Diritto e Ragione, p. 151).

Entretanto, uma coisa é certa: o erro médico difere do resultado adverso, pois, mesmo empregando todos os recursos disponíveis, o profissional pode não obter o resultado pretendido ante a imprevisibilidade biológica de cada organismo. Mesmo aplicando os mesmos processos terapêuticos em doenças distintas, seguindo o mesmo protocolo à risca, os resultados serão imprevisíveis. Até mesmo porque não se conhece dois seres humanos idênticos.

Porém, como bem afirmou o eminente professor Ivo Antônio Vieira, ao proferir aula na pós-graduação da Universidade Corporativa Anadem, “a resposta terapêutica dependerá muito mais do paciente e sua estrutura do que da terapia instituída”.

Desse modo, seguindo o médico, em seu ato, à risca o protocolo descrito na literatura médica, caso o paciente evolua a óbito pela imprevisibilidade do resultado, tratar-se-á de causa supralegal de justificação, excluindo a ilicitude descrita no art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do CP (homicídio culposo), vedando a condenação do médico por seu ato profissional.

7. NOTAS CONCLUSIVAS

Logo, em sede de conclusão, constatamos que o Direito Penal é para ser aplicado em casos graves e não em qualquer ato ilícito praticado por alguém, ante os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da intervenção mínima (subsidiariedade) e da proporcionalidade. Os ilícitos que não deveriam alcançar o Direito Penal podem ser resolvidos, mas aplicando os outros ramos do direito – administrativo, civil, tributário, etc. – como forma de sancioná-los ou mesmo coibi-los.

Também, restou demonstrado que o Direito Civil e o Direito Criminal têm um relacionamento íntimo quando o assunto é a responsabilização do médico por ato realizado no exercício da profissão, ante a necessidade de ser demonstrado o nexo de causalidade – entre a conduta e o resultado – no âmbito cível – imprudência, negligência e imperícia – ou mesmo no criminal, devido ao homicídio culposo ser uma norma penal aberta, como demonstrado no caso prático.

Além das modalidades de exclusão de ilicitude (da culpabilidade) consagradas em lei, na doutrina e na jurisprudência, existem as causas supraleais de justificação – aquelas não descritas em lei –, sendo uma delas a imprevisibilidade da reação do organismo – álea.

Destarte, o médico, em seu ato, percorrendo rigorosamente o protocolo descrito na literatura médica, ante a imprevisibilidade do resultado do organismo do paciente, caso o paciente venha a óbito por motivos alheios à técnica empregada – sua vontade –, tratar-se-á de causa suprallegal de justificação, excluindo a ilicitude descrita no art. 121, §§ 3º e 4º, combinado com o art. 13, § 2º, “a”, ambos do CP (homicídio culposo).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/3dpmjff>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CONDE, Francisco Muñoz apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

DOTTI, M René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Relação do Direito Penal com outros ramos jurídicos. **Fontes do Direito Oficial**, 28 de jul. de 2017. Disponível em: <<https://fontesdodireito.wixsite.com/oficial/conteudo/direito-penal/relacao-do-direito-penal-com-outros-ramos-juridicos#:~:text=Os%20Direitos%20Penal%20e%20Civil,leis%20civis%20quanto%20nas%20criminais>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, parte geral. 10.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

RAIZMAN, Daniel. **Manual de Direito Penal** – parte geral. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009.

TELEMEDICINA: ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TERCEIRO NO TRATAMENTO INDEVIDO DE DADOS SENSÍVEIS DO PACIENTE

TELEMEDICINE: ANALYSIS ON THIRD PARTY'S CIVIL LIABILITY FOR IMPROPER TREATMENT OF SENSITIVE PATIENT DATA

Isadora Sá Urtiga Rêgo¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A telemedicina e o enfrentamento da covid-19. 3. O sigilo médico e o direito à intimidade . 4. Os tipos de risco. 5. Aspectos genéricos sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). 5.1. Deveres impostos pela LGPD aos agentes dos dados sensíveis. 5.2. A Responsabilidade civil e a LGPD. 6. Teoria do terceiro interferente. 6.1. Responsabilidade civil do terceiro. 7. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo busca contribuir para o estudo a respeito da responsabilidade civil do terceiro por tratamento indevido de dados sensíveis do paciente atendido por intermédio das tecnologias de comunicação. Traz-se a lume o teor da doutrina do terceiro cúmplice da Lei Geral de Proteção de Dados e de vasta doutrina sobre a relevância da tutela dos dados sensíveis na vertente relação. Ressalta-se, para tanto, que, com o advento da pandemia da covid-19, grande parte das relações sociais e das prestações de serviço passaram a ser realizadas virtualmente, principalmente, em decorrência da necessidade de redução da dispersão do vírus em questão. Assim, a tecnologia no setor de telecomunicações, principalmente, no âmbito da saúde, passou a ser ainda mais utilizada. Contudo, com a permuta do atendimento presencial para o virtual, as medidas de segurança voltadas para a preservação dos dados sensíveis do paciente precisaram ser amplamente revistas e reforçadas, já que a salvaguarda das prerrogativas constitucionais, que tutelam não somente os dados individuais, mas, também, de modo mais abrangente, o direito à intimidade, à personalidade e à dignidade do indivíduo, é essencial. Diante do exposto, em prol da proteção das garantias supramencionadas e da função social da atividade em comento, busca-se analisar como inibir a ingerência não autorizada de terceiros nessa relação, avaliando-se qual seria a responsabilidade do terceiro que trata de modo irregular os dados sensíveis do paciente. Para tanto, pretende-se desenvolver uma pesquisa de cunho bibliográfico, complementada pelas análises doutrinária e documental de revistas especializadas e acervos legais, além de consultas a diplomas internacionais.

1. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisadora certificada pelo Instituto Paulista de Direito Médico e da Saúde (IPDMS).

Palavras-chave: Telemedicina. Responsabilidade. Terceiro. Dados Sensíveis. Paciente.

Abstract: This article seeks to contribute to the study of third-party's civil liability for improper treatment of sensitive patient's data assisted through communication technologies. It brings to light the content of the doctrine of the third accomplice of the General Data Protection Law and a vast doctrine on the relevance of protecting sensitive data in the relationship aspect. It is noteworthy, therefore, that, with the advent of the covid-19 pandemic, a large part of social relations and service provision began to be carried out virtually, mainly due to the need to reduce the spread of the virus in question. Thus, technology in the telecommunications sector, especially in the health's field, began to be used even more. However, with the shift from face-to-face to virtual care, security measures aimed at preserving sensitive patient data needed to be extensively revised and reinforced, since safeguarding constitutional prerogatives, which protect not only individual data, but, also, more broadly, the individual's right to privacy, personality and dignity is essential. In view of the above, in order to protect the aforementioned guarantees and the social function of the activity under discussion, we seek to analyze how to inhibit unauthorized interference by third parties in this relationship, assessing what would be the responsibility of the third party who irregularly manages the patient's sensitive data. Therefore, it is intended to develop bibliographical research, complemented by doctrinal and documentary analyses of specialized magazines and legal collections, as well as consultations with international diplomas.

Keywords: Telemedicine. Responsibility. Third. Sensitive Data. Patient.

1. INTRODUÇÃO

O panorama trazido pela pandemia da covid-19 possibilitou que grande parte das relações sociais e das prestações de serviço passassem a ser realizadas virtualmente, principalmente, em decorrência da necessidade de contenção da vertente questão sanitária. Nesse cenário, a realização do atendimento médico mediado pela tecnologia da comunicação se apresentou como um importante instrumento para o fim supramencionado, passando a complementar, de forma ainda mais acentuada, a prestação de serviços de saúde.

Contudo, com a permuta do atendimento presencial para o virtual, as medidas de segurança voltadas para a preservação dos dados sensíveis do paciente precisaram ser amplamente revistas e reforçadas. Ora, esse fenômeno tem sustentáculo no necessário resguardo do caro sigilo médico, amplamente materializado em diversos dispositivos legais, o qual está vinculado a um legítimo interesse social na lealdade profissional. Esse, na qualidade de fator que reforça a credibilidade de algumas profissões, promovendo a confiança necessária para o bom funcionamento de tais atividades.

Sem a protetiva mencionada, ocorreria a violação da cara confidencialidade, que deve recair sobre a relação médico-paciente e que, por sua vez, é fundamental para a adequada resolução das demandas médicas. Ora, o indivíduo que se submete a um tratamento, abdica de parte da sua intimidade em prol da manutenção de um quadro clínico saudável ou mesmo da progressão positiva do seu estado de saúde, projetando que a abdicação em comento restará resguardada com o profissional que o assistiu.

Assim, a salvaguarda das prerrogativas constitucionais, que tutelam não somente os mencionados dados individuais, mas, também, de modo mais abrangente, o direito à intimidade, à personalidade e à dignidade do indivíduo, é essencial para que tal paciente se sinta confortável o suficiente para compartilhar com o profissional da saúde informações fundamentais para o seu tratamento, zelando, com isso, pela saúde do indivíduo e da coletividade, na qual esse se encontra inserido.

Nesse quadro de relevância e de atualidade, é que se justifica o estudo do tema. Haja vista que, mesmo a telemedicina, em sentido amplo, tendo sido aplicada anteriormente, esse mecanismo vem adquirindo contornos significativos com a pandemia da covid-19. Ademais, em virtude da urgência do cenário, esse mecanismo vem sendo disciplinado de modo sucinto, sem a completude devida, ante a necessidade de projeção de uma tutela rápida e nos conformes da conjuntura hodierna.

Diante do exposto, a temática em comento demanda contínua avaliação, de modo a elaborar teses e soluções voltadas para a salvaguarda dos direitos e dos deveres inerentes à relação médico-paciente. Assim, uma análise contundente quanto aos efeitos da ingerência arbitrária de terceiro, especialmente, estabelecendo parâmetros de responsabilização, evidencia-se como relevante. Ademais, a proteção da função social dessa modalidade de prestação de serviço médico urge, inclusive, a adoção de estratégias que inibam comportamentos destoantes da protetiva objetivada e do dever jurídico preexistente, surgindo, nesse contexto, as análises de doutrinas, que delineiam não apenas a tutela externa de contratos, como também a possibilidade de responsabilização por ilícito lucrativo. Para tanto, o presente artigo desenvolveu uma pesquisa de cunho bibliográfico, complementada pelas análises doutrinária e documental de revistas especializadas e acervos legais, além de consultas a diplomas internacionais.

2. A TELEMEDICINA E O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

A telemedicina, com emprego até então controvertido no Brasil, despontou como via de amplo acesso à saúde e importante instrumento de combate à propagação pandêmica, na medida em que permite a avaliação de sintomas de pacientes por teleconsultas. Assim,

com os cuidados médicos à distância, evitam-se aglomerações em hospitais e clínicas, reduzindo-se os riscos de exposição e disseminação do coronavírus.

Esse mecanismo tomou, no Brasil, proporções significativas em razão da pandemia da covid-19, porém não há que se falar em completa novidade quanto a esse tema. A prática² tem origem em Israel e, desde o seu início, na década de 1950, a telemedicina auferiu significativo progresso. Na década de 1970, a partir da necessidade de melhorar o atendimento médico em áreas rurais dos Estados Unidos, nasceu um projeto inicial, criado no Hospital Geral de Boston, Massachusetts, com o objetivo de possibilitar que o médico visse seus pacientes e os examinasse sem ter que se deslocar para isso. Em sequência, houve a formulação da declaração de Tel Aviv, em 1999, sobre responsabilidade e normas éticas na utilização da medicina, a qual foi aprovada na Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, elaborando parâmetros a serem seguidos a nível global.

Contudo, apenas em 2002, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n.º 1.643, de 07 de agosto, definindo e disciplinando a prestação de serviços através da telemedicina no Brasil. Conforme o biomédico Renato Sabbatini³, membro fundador e presidente da Sociedade Brasileira de Informática em Saúde, o efetivo desenvolvimento da telemedicina fora retardado por vários fatores, a exemplo da dificuldade de incorporação desse recurso na cultura médica.

Para além da percepção do biomédico, questões como a operacionalização do atendimento, a proteção dos dados sensíveis do paciente, a materialização do consentimento livre e esclarecido ou a forma de contratualização no vínculo seja direto e imediato, médico-paciente ou vinculações indiretas, as quais envolvem os planos de saúde, a empresa ou a rede pública, entre outras questões, também são elementos que demandam cautela e podem ter retardado esse processo.

Cabe mencionar, diante desse contexto, que essa metodologia de atendimento teve, no Brasil, um sutil progresso até o ano de 2019. O CFM, em 2014, por exemplo, através da Resolução n.º 2.107, de 25 de setembro, definiu e regulamentou a telerradiologia, bem como dispôs, apenas em 2019, sobre a telepatologia, por meio da Resolução n.º 2.264, de 20 de setembro de 2019. Entretanto, apenas no ano de 2020, em decorrência do cenário outrora exposto, as consultas mediadas pela tecnologia passaram a ser amplamente utilizadas e regulamentadas. Nesse diapasão, surge a Lei n.º 13.989, de 15 de abril de 2020⁴, a qual autorizou o uso da telemedicina durante a crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2).

2. SABBATINI, R. A **Telemedicina no Brasil: Evolução e Perspectivas**. 2002. Disponível em: <https://www.academia.edu/29848261/A_Telemedicina_no_Brasil_Evolu%C3%A7%C3%A3o_e_Perspectivas>. Acesso em: 13 jun. 2020.

3. *Idem*, 2002.

4. FREITAS, L. C. A lei 13.989/20 e o exercício da telemedicina. **Migalhas**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depe/uso/326789/a-lei-13989-20-e-o-exercicio-da-telemedicina>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

No dia 20 de abril de 2022⁵, o CFM editou a Resolução n.º 2.314, a qual define e regulamenta a telemedicina. Delineando, conforme destacou o relator da norma, Donizetti Giamberardino, que a consulta médica presencial permaneceria como padrão ouro, ou seja, referência no atendimento ao paciente, porém a telemedicina poderia ser um importante ato complementar à assistência médica, permitindo o acesso a milhares de pacientes.

Ademais, para além das exposições supramencionadas, o Código de Ética Médica (CEM), Resolução n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018, dispôs, no capítulo referente aos princípios fundamentais, tópico V, que compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos, de modo a utilizar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade. Assim, evidencia-se a preocupação do Código em questão com o aperfeiçoamento da atividade em comento em prol da proteção do beneficiário do serviço prestado⁶.

Diante disso, considerando a telemedicina como um método que emprega tecnologias de informação e de comunicação em prol, entre outros fatores, do oferecimento de serviços médicos remotos, ela se apresenta, portanto, como nítido exemplo de avanço científico em benefício da prestação de saúde.

Entretanto, a despeito das consequências positivas do recurso supramencionado⁷, existem algumas questões éticas, legais e estruturais, as quais precisam ser analisadas com cautela. Dentre elas, fatores operacionais como a autorização para captação e tratamento dos dados sensíveis inerentes àquela relação; a proteção das informações colhidas, assegurando a intimidade do paciente; a escolha da plataforma a ser utilizada; a definição de mecanismos que assegurem o sigilo médico; e o estabelecimento da adequada responsabilização por quaisquer desvios nessa relação.

3. O SIGILO MÉDICO E O DIREITO À INTIMIDADE

Ademais, visando a uma melhor compreensão do exposto, urge dimensionar quanto a algumas noções basilares inerentes à relação médico-paciente. Conforme disciplina o Código de Ética Médica⁸ no capítulo destinado aos princípios fundamentais que norteiam esse relacionamento, o médico deve pautar a sua atuação por uma prestação de serviço zelosa, capacitada, ética, atualizada, autônoma e respeitosa, de modo a agir sem discriminação de nenhuma natureza, em prol da saúde do ser humano. Devendo, também,

5. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2.314**, de 20 de abril de 2022. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/apos-amplo-debate-cfm-regulamenta-pratica-da-telemedicina-no-brasil>>. Acesso em: 21 out. 2022.

6. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

7. FREITAS, L. C. op. cit., 2020.

8. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

assegurar o sigilo das informações às quais tenha acesso em virtude do desempenho de suas funções, exceto nos casos de notificação compulsória, motivo justo ou consentimento, segundo norteia o art. 73 do Código em questão.

Desse modo, tomando por base o outrora mencionado quanto ao atendimento médico mediado pelas tecnologias da comunicação e da informação, evidencia-se que esse está sujeito aos mesmos pressupostos e princípios bioéticos⁹ do atendimento presencial. Ora, sendo as ações de telemedicina contempladas por dinâmicas como o suporte assistencial, o atendimento pré-clínico, a consulta, o monitoramento e o diagnóstico, é de notória conclusão que essas ações se qualificam como atos médicos e estão sujeitas a todo o aparato normativo que as envolve.

Assim, em consonância com o outrora exposto, o atendimento remoto deve observar questões como o sigilo profissional, o qual encontra vasta previsão legal, a exemplo não apenas do art. 154 do Código Penal (CP)¹⁰, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940; dos arts. 388 e 448 do Código de Processo Civil (CPC)¹¹, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015; e do art. 207 do Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, os quais dispõem quanto à proibição da prestação do testemunho pelas pessoas que, em razão da função, do ministério, do ofício ou da profissão, devam guardar segredo, mas também dos arts. 73 a 79 do Código de Ética Médica brasileiro¹².

Para Paulo Vinícius Sporleder de Souza¹³, o médico tem, de certa forma, um poder sobre o paciente, já que possui conhecimento sobre informações relacionadas direta ou indiretamente à doença ou à lesão que originou o tratamento médico. Nessa perspectiva, o autor destaca que:

O segredo médico é um procedimento típico e inerente às profissões ligadas às ciências médicas. A natureza confidencial do relacionamento médico-paciente é aceita como da maior relevância e exigida pela sociedade como forma de proteção. É interesse social que os fatos da vida privada revelados pelos pacientes sejam resguardados, ocultados, isto é, sejam mantidos em segredo pelo médico, pois, do contrário, sem esse sigilo, poucas pessoas se arriscariam a procurar ajuda desses profissionais.¹⁴

9. BRASIL. Lei n.º 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

10. BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidente da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

11. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

12. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

13. SOUZA, P. V. S. de. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 89.

14. *Ibid.*, 2009, p. 90.

Desse modo, é evidente a preocupação do ordenamento com a efetiva proteção desse preceito. Esse fenômeno se finca no pressuposto básico de que, garantindo a proteção das informações pessoais atinentes ao paciente, haveria, por conseguinte, a salvaguarda da lealdade profissional, na qualidade de fator que reforça a credibilidade de certas profissões, promovendo a confiança necessária para o bom funcionamento dessas atividades.

Suscintamente, cabe mencionar que a protetiva em comento está umbilicalmente relacionada com a necessária observância de questões como não só a preservação da vida privada e da intimidade, como também a manutenção da autonomia informativa do indivíduo. Ora, as informações e os dados que constituem determinado ser humano são fundamentais para a formação da sua personalidade, especialmente, criando a percepção que ele tem de si, bem como projetando, na esfera social, a percepção que o outro irá ter da pessoa em questão. Portanto, a ideia de fomentar essa autodeterminação informativa surge como algo extremamente relevante. Principalmente, no que concerne a dados de cunho sensível, por sua natureza íntima e passível de discriminações inadequadas. Mostrando-se perfeitamente compreensível que, em matéria de saúde, por exemplo, o paciente determine que certa questão de ordem médica seja mantida apenas entre ele e o profissional que efetue o seu atendimento.

Desse modo, em virtude da reiterada relevância dos mencionados preceitos, principalmente no que concerne à esfera de autodeterminação individual, Bioni¹⁵ entende que a ciência jurídica deve proteger tais questões das agressões às quais estão sujeitas.

De modo a conferir tutela jurídica aos elementos que emprestam conteúdo ao valor-fonte¹⁶ do ordenamento jurídico, o qual, para Bioni¹⁷, é a pessoa humana que se encontra respaldada por um sistema ou uma cláusula geral de proteção, a orientação em questão se finca no pressuposto da adoção de um direito privado *despatrimonializado* ou *repersonalizado*, o qual deve constantemente buscar a tutela do indivíduo em uma sociedade. Nesse interim, com o advento das novas tecnologias, fica evidente que a protetiva supra vem passando por diversos desafios inéditos.

Nesse diapasão, as informações e os dados que estejam atrelados à esfera em questão podem ser inseridos dentre os direitos da personalidade¹⁸, uma vez que se caracterizam como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular, estabelecendo, portanto, uma nova modalidade de identidade. Essa que, por sua vez, assegura, por exemplo, que uma

15. BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 51.

16. Miguel Reale dirá que a pessoa-humana é um valor-fonte. Pondera que os valores não possuem uma existência em si ontológica, mas seriam provenientes da experiência humana, especialmente por meio da história a se tornar uma invariante axiológica. Por esse raciocínio, é que Bioni chega ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade em virtude da travessia por ele projetada, especialmente por conta dos episódios históricos terríficos que conformam esse horizonte de proteção do ser humano.

REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.208-214.

17. BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019.

18. *Ibid.*, p. 52.

pessoa exija a retificação de seus dados pessoais para que a sua projeção seja precisa, conforme dispõem os arts. 6º, V, e 8º, III, ambos da LGPD, entre outras protetivas.

Ademais, o autor¹⁹ explica que, cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas, posto que vivemos em uma sociedade que se orienta e se movimenta a partir desses signos identificadores do cidadão. Assim, os dados pessoais não estão relacionados somente com a privacidade, haja vista que repercutem em mais de uma das espécies dos direitos da personalidade, cabendo ressaltar que a proteção dos dados em comento transcende a percepção trazida pelo direito à privacidade. Ora, esse eixo está ligado ao controle de informações pessoais, respaldando as estruturas íntimas ou privadas do sujeito. Já aquela protetiva não se satisfaz com tal técnica normativa, posto que existe, por exemplo, a possibilidade da questão referente aos dados visar a apenas discutir a correção de informações que estejam sob a esfera pública, o que perpassa pela dinâmica da identidade e não da privacidade.

Rabindranath²⁰, em sua obra *O Direito Geral de Personalidade*, dispõe que o bem da identidade reside na própria ligação de correspondência do homem consigo mesmo e, portanto, atrela-se às profundas necessidades humanas, de modo que o teor da convivência humana acaba dependendo de sua salvaguarda em termos de reciprocidade. Nesse sentido, Bioni completa, delimitando que as informações que influem na projeção de uma pessoa e, na sua esfera relacional, adéquam-se conceitualmente como um novo direito da personalidade. Desse modo, vislumbra-se a necessidade de tutela dessas.

Nesse sentido, surgem inúmeros dispositivos legais tutelando não só esses dados, como também delineando sobre essa noção de privacidade e de formação da personalidade. Contudo, cabe ressaltar que a preocupação com tais questões já permeia a humanidade há muito tempo. Sustenta-se que o direito à privacidade pode ser encontrado em certos códigos mais antigos, em escritos filosóficos e, também, em alguns traços, na Bíblia, quando, por exemplo, trata-se da vergonha que Adão e Eva sentiram pela violação da privacidade ou, no caso de Noé, em relação à nudez do seu pai²¹, evidenciando como são transcendentais e interdisciplinares os valores protegidos pelo direito à privacidade.

Sobre a vertente questão, tem-se o caso precursor principal a tratar sobre o tema na Suprema Corte Americana, qual seja, o de *Griswold versus Connecticut*, que foi responsável por julgar uma proibição presente na Lei de Comstock. Essa norma determinava que as pessoas não fizessem uso de artigo medicinal ou de medicamento para prevenir a

19. *Ibid.*, p. 55.

20. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 245.

21. BELTRÃO, S. R.; MENEZES, R. O. A. Evolução histórica do Direito à Intimidade e os desafios contemporâneos para a preservação do paciente. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. Ano 4, n. 3, p. 1395-1421. 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1395_1421.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 1409.

concepção, tendo como base legal a Constituição do país. Essa Lei foi considerada inválida pela Suprema Corte por ir de encontro à privacidade conjugal, tutelando, dessa forma, as práticas íntimas²².

É relevante delinear que alguns autores, a exemplo de Donizetti²³, afirmam que a intimidade pode ser considerada um valor máximo dos indivíduos que vivem em uma sociedade. Trata-se, portanto, de um direito inalienável, essencial e inapreensível. Equivale, ainda, à possibilidade que cada pessoa possui de impedir a interferência de estranhos em suas vidas familiar e privada, bem como de obstar o acesso às informações sobre a vida privada de cada um e à divulgação de informações sobre essa zona de manifestação existencial.

Inúmeros dispositivos legais, inclusive disposições constitucionais, versam sobre a protetiva supramencionada. A Constituição Federal, por exemplo, preceitua em seu bojo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos. Nesse diapasão, o doutrinador José Afonso Silva²⁴, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, destaca que a esfera de inviolabilidade descrita abarca todas as manifestações da esfera íntima, da vida privada e da personalidade, denominando-as de direito à privacidade.

Outrossim, em recente emenda à Constituição, Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022, a proteção de dados passou a fazer parte dos direitos fundamentais, recebendo uma tutela ainda mais efetiva sobre seus preceitos, em decorrência da relevância e da conexão com as questões outrora mencionadas. Ademais, é de relevante resalte que esses preceitos também são salvaguardados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁵, de 10 de dezembro 1948, a qual dispõe, em seu artigo 12, que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e à sua reputação. Fora as disposições do próprio Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu art. 21, o qual ainda estabelece que o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato que viole a vida privada.

Portanto, retomando a discussão inicial anterior, o sigilo profissional deve ser amplamente observado, haja vista que atua não só como um instrumento de salvaguarda das mencionadas prerrogativas e da liberdade deliberativa do paciente, mas também como um dos princípios norteadores da relação profissional em questão.

22. BELTRÃO, S. R.; MENEZES, R. O. A. Evolução histórica do Direito à Intimidade e os desafios contemporâneos para a preservação do paciente. *Revista Jurídica Luso-brasileira*. Ano 4, n. 3, p. 1395-1421. 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1395_1421.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 1410.

23. OLIVEIRA, R. D. C. de. Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo. *Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-intimidade-e-sua-protecao-baseada-nos-direitos-humanos-no-mundo/#_ftn7>. Acesso em: 28 jun. 2021.

24. SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

25. UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Cabendo ressaltar que, no vertente caso, o paciente deve ser ainda mais preservado ante a vulnerabilidade que se encontra, principalmente, levando em conta que a questão transcende os preceitos meramente pessoais e gera uma maior sensibilidade à tutela, posto que tal indivíduo ainda está buscando resolver uma questão de saúde. Assim, a existência do direito ao sigilo teria como objeto a autonomia do paciente de transmitir os seus dados sensíveis apenas para o profissional que lhe assiste, tendo o direito de impedir o acesso e a divulgação indevidos de terceiros às informações pessoais ali disponibilizadas.

Essa protetiva, porém, corre riscos consideráveis nas relações mediadas pela tecnologia da comunicação e da informação. Nessa perspectiva, inicialmente, Anderson Schreiber²⁶ destaca que a evolução tecnológica, bem como a propagação de meios para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, incentivam a massificação dos contratos e o crescimento exponencial da quantidade dos dados na sociedade contemporânea. Em sequência, nota-se que, mesmo com a mencionada evolução, não se pode falar ainda em confiabilidade absoluta, em rede, na preservação de dados pessoais de natureza sensível, ainda que considerando a exigência crescente de aplicação de melhores técnicas de segurança. Portanto, caso o profissional da saúde opte por determinada plataforma de atendimento, ele deverá adotar um conjunto de medidas de segurança apropriadas e atualizadas constantemente. E, mesmo diante disso, o vertente atendimento não estará inteiramente seguro. Em decorrência disso, evidencia-se a necessidade da aplicação das regras que norteiem o consentimento livre e esclarecido do paciente às situações da telemedicina.

Desse modo, os termos elaborados para esse intuito devem constar, além das questões presentes no art. 22²⁷ do CEM, as limitações que esse recurso virtual apresenta e os riscos que lhes são inerentes. Devendo a redação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, também, esclarecer em que circunstâncias os dados poderão permanecer armazenados pelo profissional de forma segura, após o término de seu tratamento, conforme dispõe o inciso I do artigo 16 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Assim, a proteção dos dados em comento e a responsabilização quanto ao vazamento desses são um desafio para a atualidade. Assim, mesmo com o advento da LGPD, faz-se necessária a manutenção dos debates e a elaboração de novas regulamentações sobre o tema.

26. SCHREIBER, A. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

27. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

4. OS TIPOS DE RISCO

Partindo dos pressupostos outrora delineados e em prol de uma melhor compreensão na mencionada necessidade de tutela, urge dimensionar, em linhas sucintas, quanto aos possíveis riscos que as protetivas constitucionais mencionadas estão sujeitas, especialmente, com o fito de ressaltar a relevância de sua salvaguarda.

Antes de ingressar propriamente na esfera do risco, cabe mencionar que os mencionados dados, para além do exposto, atuam como fator vital para engrenagens da economia da informação, conforme dispõe Bioni. Para exemplificar e caracterizar ainda mais a referida arguição, tem-se o exemplo dado pelo autor da autorregulação da produção trazida pela era da economia informativa.

Ora, por meio da internet, os dados dos usuários da rede, bem como as interações por tais efetivadas, atuam como fortes reguladores de mercado. Exemplos evidenciam-se, de modo contundente, com a mutação da oferta por meio do compartilhamento e da troca de experiências, em tempo real, dos usuários que consomem as informações veiculadas nos canais em questão. Assim, a informação produzida por quem utiliza as redes gera um movimento de consumo. Fica evidente, portanto, a relevância das informações pessoais em comento, sendo o gerenciamento de tais um elemento extremamente estratégico para os negócios na atualidade, fomentando, inclusive, o que alguns autores denominam de Capitalismo de Vigilância²⁸.

Nesse sentido, Bruno Bioni²⁹, aliás, dimensiona que um dado tido como irrelevante pode se converter em um dado sensível. Esse fenômeno ocorre, particularmente, quando as tecnologias disponíveis permitem correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos. Assim, o autor entende existir a possibilidade de identificar individualidades mais sensíveis das pessoas a partir de informações triviais. A exemplo³⁰:

Segundo um estudo da Universidade de Cambridge, as “curtidas” em uma rede social podem criar um retrato fiel dos gostos e preferências dos usuários por meio do qual poderiam ser extraídos diversos tipos de inferências. A pesquisa identificou com exatidão a porcentagem dos usuários homossexuais e heterossexuais, os usuários brancos e negros e, por fim, quais teriam uma ligação partidária republicana ou democrata. O mesmo pode suceder com outros “registros digitais”, tais como o histórico de navegação, os termos de pesquisa ou mesmo as compras realizadas por um consumidor. Todos esses dados têm o potencial de revelar muitos atributos da personalidade de um indivíduo, dentre os quais informações sensíveis a seu respeito.

28. ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Nova York: Public Affairs, 2019.

29. BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 67.

30. KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. *Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior*. 2013. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/early/2013/03/06/1218772110.full.pdf+html>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Ademais, o autor supramencionado³¹ aponta, por outro lado, que a forma persuasiva de apresentar o produto ao consumidor de modo direcionado é uma prática que acrescenta determinado fator a relação, incrementando a possibilidade de êxito na indução ao consumo. Desse modo, sendo tais dados tidos como peças singulares dessa engrenagem, os quais podem ser utilizados e aplicados na efetivação da venda aos titulares dos dados interceptados, que, por sua vez, são pessoas que, no vertente caso, estão ainda mais vulneráveis em decorrência da própria condição de saúde.

Nesse sentido, a vulnerabilidade inerente do consumidor da relação contratual em tela, principalmente no que concerne à publicidade direcionada, acentua-se ainda mais conforme o caso concreto. Nas situações mais simples, os reflexos da indução do paciente à aquisição de um produto acabam sendo relativamente mitigados. Contudo, nos casos mais graves, o paciente possui uma vulnerabilidade maior ante a necessidade de aquisição urgente daquele produto.

Essa vertente apresentada é apenas uma das possíveis formas da utilização indevida dos dados sensíveis veiculados virtualmente, existindo, inclusive, a possibilidade deles serem captados indevidamente por planos de saúde para o estabelecimento de novos valores a serem cobrados do indivíduo. Infelizmente, as hipóteses não se esgotam nas estruturas apresentadas. Existe, também, a possibilidade de hackers invadirem a consulta, absorverem os dados e os utilizarem como instrumento de chantagem em troca de determinado valor pecuniário. Um exemplo prático dessa ocorrência foi o ataque de hackers que afetou o sistema do Hospital de Câncer de Barretos em junho de 2017 e prejudicou a realização de ao menos 350 exames, conforme dispõe o jornal A Folha Digital³².

Essa questão já vem sendo discutida há alguns anos pelo canal virtual The State of Security³³, no qual discorreu-se sobre algumas modalidades de ataques cibernéticos – *cyber-attacks*³⁴. Em recente manifestação³⁵, dispuseram que, em meio à pandemia que oprime a capacidade de muitos sistemas hospitalares, os hackers mal-intencionados têm sido rápidos em atacar os provedores de saúde e as agências médicas. Esses ataques cibernéticos atingiram os Estados Unidos e a Europa nos últimos anos, servindo como um lembrete para as organizações revisarem de perto sua postura de segurança da informação durante esses tempos de incerteza.

31. BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 20.

32. TOLEDO, M. Hackers invadem sistema do Hospital de Câncer de Barretos e pedem resgate. **Folha De São Paulo**. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/coridiano/2017/06/1896638-hackers-invadem-sistema-do-hospital-de-cancer-de-barretos-e-pedem-resgate.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

33. PORQUE HACKERS ESTÃO ATRÁS DO SETOR DE SAÚDE. **Tripwire**. 2015. Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/security-data-protection/cyber-security/why-anthem-why-now/>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

34. Predators usually single out the slow and weak to attack. If these hackers can steal a medical account, they can quickly sell that number to black marketers for a price up to ten times more than that of a stolen credit card. Then the black marketers buy the account number to purchase medical supplies and drugs. Some enterprising black marketers will also create authentic looking medical cards to sell to the truly desperate who will use it to go to a clinic, dentist, chain store optometrist or even to seek critical care at an emergency room. The stolen medical accounts stay valid for months until legitimate patients start getting invoices. Medical companies have needed little fraud detection and therefore their detection and recovery instincts are not yet up to the challenge. Yet, solutions to reduce medical account fraud are technically straightforward. Simply demonetize the value of stolen medical account numbers by requiring two factor authentication prior to authorizing care delivery. Unfortunately, cyber security solutions are rarely, if ever, purely technical.

35. ARAMPATZIS, A. Cibersegurança e conformidade para organizações da saúde. **Tripwire**. 2021. Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/healthcare/cybersecurity-and-compliance-for-healthcare-organizations/>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Hospitais e organizações de saúde eram alvos atraentes mesmo antes da pandemia do coronavírus. O registro médico tem quase tudo que o invasor precisa, em um único documento, para realizar esquemas sofisticados de fraude em seguros, comprar suprimentos médicos ou medicamentos ou mesmo cometer outros tipos de fraude, incluindo roubo de identidade total.

A implantação de novos dispositivos, especialmente aqueles que usam redes sem fio, e sensores para coletar e trocar informações é uma faca de dois gumes. Embora esses dispositivos ofereçam aos ambientes médicos recursos incríveis para cuidar de pacientes e aumentar a eficiência do atendimento, cada dispositivo aumenta a superfície de ataque de uma organização.

Portanto, a produção de estratégias normativas e, principalmente, de responsabilização dos agentes irregularmente interventores devem ser significativamente perseguidas e ampliadas, haja vista que atuam não só como instrumentos de salvaguarda das mencionadas prerrogativas constitucionais e da liberdade deliberativa do paciente, mas também como um dos princípios norteadores da relação profissional em questão.

Cabendo ressaltar que, no vertente caso, o paciente é vulnerável, por se tratar de dados de natureza personalíssima e potencialmente discriminatória, assim, a existência das mencionadas garantias teria o condão de assegurar a autonomia do paciente de transmitir os seus dados sensíveis apenas para o profissional que lhe assiste, tendo o direito de impedir o acesso e a divulgação indevidos de terceiros às informações pessoais ali disponibilizadas.

Nesse diapasão, evidencia-se, com notória nitidez, que essas protetivas correm riscos consideráveis nas relações mediadas pela tecnologia da comunicação e da informação. Em conformidade com o outrora exposto, com o advento do desenvolvimento de novos recursos tecnológicos, não se pode falar ainda em confiabilidade absoluta, em rede, na preservação de dados pessoais de natureza sensível, mesmo considerando a exigência crescente de aplicação das melhores técnicas de segurança.

Portanto, os dados obtidos durante uma consulta de telemedicina devem ser protegidos para evitar acesso de terceiros não autorizados. Desse modo, caso o profissional da saúde adote determinada plataforma de atendimento, aquele deverá analisar se esta possui uma política de privacidade adequada que abarque um conjunto de medidas de segurança apropriadas e constantemente atualizadas.

5. ASPECTOS GENÉRICOS SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Diante do exposto, tendo em vista as questões trazidas, o legislador verificou que as estruturas normativas existentes não eram suficientes para salvaguardar a tutela desses dispositivos. Fenômeno esse decorrente da existência de, tão somente, códigos vigentes que pouco dispunham sobre essa abordagem e de espaciais estruturas regulamentadoras, como o Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014.

Ora, conforme o doutrinador Bruno Bioni³⁶, até a aprovação da LGPD, o Brasil contava com uma verdadeira “colcha de retalhos”, que não cobria setores importantes da economia e, dentre aqueles cobertos, não havia sequer uniformidade em seu regramento. Assim, conforme orientam Tepedino e Spadaccini, o desenvolvimento³⁷ de mecanismos destinados a regular o tratamento dos dados é fundamental, pois auxilia a evitar discriminações que não encontrem fundamento constitucional. Ademais, tais estruturas evitam a ocorrência de práticas que possam prejudicar a liberdade dos indivíduos ou afetem de modo negativo a vida desses particulares, cujos dados são tratados, evitando a ampliação de assimetrias, de preconceitos e de desigualdades.

Partindo desse pressuposto, o legislador brasileiro, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados, busca estratégias de salvaguarda normativa dessas estruturas tão basilares para a formação da personalidade e da sociabilização do indivíduo, as quais, por seu turno, estão cada vez mais visadas, frente ao processo constante de mercantilização dos dados.

Ademais, esse aparato protetivo procurou tecer uma norma neutra tecnológica, posto que, adequadamente, deixou de apontar uma tecnologia em específico que poderia se tornar obsoleta ao longo do tempo. Cabendo ressaltar que também se utilizara de alguns conceitos indeterminados, a exemplo da noção de razoabilidade. Simultaneamente, contudo, prescreveu balizas para reduzir a discricionariedade de tal exercício interpretativo e, com isso, alcançar um mínimo de previsibilidade quando tal norma viesse a ser colocada em movimento.

Passado o exposto e para uma melhor compreensão das seguintes disposições sobre a norma supra, urge delinear sobre alguns conceitos que são basilares para esse dispositivo, quais sejam, a ideia de tratamento, de controlador e de operador³⁸. Assim, para os fins legais, tratamento é tido como toda operação realizada com dados pessoais, ou seja, as mais

36. BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 103.

37. TEPEDINO, G. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5600369/mod_resource/content/1/Novos%20Princ%C3%ADpios%20Contratuais%20e%20Teoria%20da%20Confian%C3%A7a%20a%20exegese%20da%20cl%C3%A1usula%20to%20the%20best%20knowledge%20of%20the%20sellers%20-%20Gustavo%20Tepedino%20.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 02.

38. Art. 5º da LGPD.

variadas utilizações desses estão abarcadas nesse conceito, quer seja a coleta, o acesso ou a reprodução, dentre outras possibilidades, ao passo que a noção de controlador se vincula à pessoa, quer seja natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, competindo ao denominado operador a realização propriamente do tratamento em nome do controlador.

Passados os esclarecimentos quanto aos conceitos supra, cabe analisar, para além do aparato regulatório aqui utilizado, quais são os requisitos mínimos os quais devem ser atendidos para que o tratamento dos dados não esteja eivado de vícios. Por certo, adotar-se-á, principalmente, a perspectiva da relação médico-paciente, a qual é objeto da vertente análise.

Requisitos esses que, por sua vez, serão fundamentais para a subsequente disposição quanto à responsabilização dos envolvidos no incumprimento das estruturas normativas que tutelam as protéticas constitucionais em comento.

5.1. Deveres impostos pela LGPD aos agentes dos dados sensíveis

Inicialmente, a LGPD orienta, em seu bojo, que devem ser observados, no tratamento dos dados, a boa-fé e princípios³⁹ como a finalidade, segundo a qual tais informações devem ser utilizadas para propósitos legítimos, específicos, explícitos, bem como devem ser informados ao titular. Inclusive, nesse interim, a normativa ainda acrescenta a impossibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com os propósitos notificados ao titular, em respeito, inclusive, às disposições atrás mencionadas.

Devendo, mais, observar a adequação ao contexto do tratamento; a limitação do uso dos dados apenas ao que é necessário; e a garantia do titular ao livre, facilitado e gratuito acesso aos seus dados. Assim como a qualidade das informações deve ser assegurada, a qual, por sua vez, é tida nas vertentes da clareza, da exatidão e da atualização. Ademais, tem-se, também, a transparência, ressalvados os segredos comerciais e industriais, e a segurança e a prevenção, na qualidade da utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados das situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão e a não discriminação.

Por fim, a normativa elucida que devem ser asseguradas a responsabilização e a prestação de contas, de modo que ocorra a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais. Requerendo, inclusive, a comprovação da eficácia dessas medidas.

39. Artigo 6º da LGPD.

Além do outrora exposto, a presente norma dispõe⁴⁰ sobre questões relevantes que precisam ser observadas por quem gerencia esses dados, dentre as quais estão a manutenção do registro das operações de tratamento das informações que realizarem, bem como, caso a autoridade nacional determine, a elaboração de um relatório⁴¹ do impacto à proteção de dados pessoais. Outrossim, ainda na qualidade de preocupação do legislador no estabelecimento de deveres aos agentes de dados, tem-se a disposição sobre o que seria uma atuação irregular⁴², que, conforme o artigo 44 dessa norma, ocorre quando o profissional deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular, de boa-fé, dele pode esperar.

Cabe ressaltar que essa expectativa se finca não apenas nas protetivas principiológicas trazidas no início da presente disposição, como também nas informações repassadas com o fito de obtenção do consentimento. Ora, tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas de modo que, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Nesse diapasão, a norma prevê a análise de determinadas circunstâncias que interferem nessa relação, como a forma utilizada, o resultado e os riscos, que razoavelmente dele se esperam, e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Do mesmo modo, por meio do parágrafo único do artigo em comento, reitera quanto à responsabilidade do controlador ou do operador pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas, dando causa ao dano.

Seguindo esse mesmo fito indenizatório, o artigo 42 impõe o dever de indenizar ao controlador ou ao operador que causar danos ao titular de dados pelo exercício de sua atividade, ficando evidente o seu intento de balizar a indenização na ocorrência do dano, quer seja moral, material ou coletivo, e com tão somente a configuração do nexos causal e a demonstração do dano.

A LGPD estabeleceu, de forma similar ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, a solidariedade dos agentes de tratamento que causarem lesão⁴³ e permitiu a inversão do ônus da prova por critério judicial para mitigar a assimetria na relação entre controladores, operadores e titulares de dados pessoais, assegurando, em sequência, o direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

40. Artigos 37 ao 40 da LGPD.

41. Embasado nas operações de tratamento de dados realizada. O aparato em comento, conforme critérios legais, deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

42. Artigo 44 da LGPD.

43. Artigo 42, § 1º, I e II e § 2º da LGPD.

Contudo, o tratamento da responsabilidade civil no âmbito da LGPD tem sido tema de diversos debates, na doutrina moderna, a respeito, principalmente, da natureza da obrigação de indenizar. Podendo ser subjetiva, a qual se sustenta na ausência do cumprimento de um dever de conduta imposto ao agente de tratamento, ou objetiva, sendo fundamentada no risco da atividade desenvolvida pelos agentes, conforme pontua⁴⁴ a doutora Caitlin Mulholland⁴⁵.

Nessa mesma linha, Tasso⁴⁶ reitera que há uma imprecisão normativa quanto ao sistema de responsabilidade civil adotado pela LGPD, pois o enunciado do art. 42 não teria sido suficientemente claro quanto ao regime de responsabilidade civil adotado pela norma. Ora, mesmo que tal dispositivo não faça referência expressa à culpa como elemento da responsabilidade civil, ele também não faz qualquer alusão ao risco como fundamento claro para a configuração da responsabilidade objetiva.

5.2. A responsabilidade civil e a LGPD

Ab initio, em linhas gerais e sucintas, entende-se por responsabilidade civil o dever de reparação dos danos causados em decorrência da violação de um dever jurídico preexistente, quer seja de natureza contratual ou não. Assim, o direito brasileiro possui um sistema de tutela que resguarda os que sofrem determinado dano, impondo ao autor do ato que deu causa ao prejuízo o dever de reparar.

Assim, a responsabilidade supra recai sobre seu causador ou aquele que responda pelos seus atos e também sobre o dono da coisa que causar o dano. Diante disso, é possível estabelecer a responsabilidade civil como consequência dos danos causados em decorrência de culpa⁴⁷, segundo a qual quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito propriamente. Como, também, essa pode decorrer da determinação legal, a exemplo do fato da coisa, do abuso de direito e do risco da atividade, que corresponde à denominada responsabilidade objetiva.

Diante das disposições supramencionadas, grandes doutrinadores, como Gisela Sampaio e Rose Melo Vencelau Meireles⁴⁸, aderiram ao entendimento de que a LGPD adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, devendo haver a prova da culpa do

44. ROSENVALD, N.; CORREIA, A.; MONTEIRO FILHO, C. E. do R.; KHOURI, P. R. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

45. Doutora em Direito Civil pela UERJ e professora do Departamento de Direito da PUC – RJ.

46. TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar. 2020.

47. Artigo 186 do CC.

48. GUEDES, G. S. da C.; MEIRELES, R. M. V. **Término do tratamento de dados**. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 231.

agente que trata o dado na ocasião do dano, ainda que, excepcionalmente, a depender do tipo de tratamento, seja aplicável a cláusula geral de responsabilidade pelo risco constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. As autoras trazem, por meio do artigo “Término do Tratamento de Dados”⁴⁹, uma disposição interessante sobre o tema, segundo a qual, a lógica da responsabilidade objetiva é outra, posto que não caberia discutir cumprimento de deveres por meio dessa abordagem, sendo tal discussão inerente à análise de culpa ou não do agente.

Desse modo, entendem, por meio de uma interpretação sistemática dessa norma, que, mesmo a LGPD não se pronunciando explicitamente quanto à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, o regime adotado por esse diploma foi o da responsabilidade subjetiva. Outrossim, entendem que os artigos que tratam de standards de conduta a serem seguidos pelos agentes de tratamento de dados para a segurança, o sigilo, as boas práticas e a governança de dados, também são tidos, pelas autoras em questão, como fundamento para o reconhecimento da natureza em comento.

Nesse diapasão, dispõem, em complementação ao elucidado anteriormente, que, na análise das exceções do artigo 43 da LGPD, o inciso II pareceria indicar a adoção de uma excludente tipicamente relacionada às hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, principalmente, por estatuir que não serão responsabilizados, se não houver violação dos preceitos trazidos na legislação de proteção de dados. Portanto, não haveria obrigação de indenizar quando o agente de tratamento de dados demonstrar que observou todo o mencionado standard e, se o incidente ocorreu, não fora em razão de sua conduta culposa.

Por mais que a excludente supra possua um peso significativo para a presente análise, cabe ressaltar, também, as relevantes disposições trazidas nos demais incisos do artigo em comento, os quais, por sua vez, trazem, em seu bojo, questões importantes para a resolução dos casos concretos. Haja vista que delinham a exclusão da responsabilidade para os casos de ausência do nexo causal, uma vez que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, e quando o dano for decorrente da culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Em antítese, outros grandes doutrinadores adotaram uma percepção diversa da outrora suscitada. Exemplos se evidenciam com Danilo Doneda e Laura Mendes⁵⁰, os quais entendem que se trata, em verdade, de responsabilidade civil eminentemente objetiva. Ora, para os autores, o tratamento de dados representa um risco intrínseco, na medida em que há uma potencialidade danosa significativa em caso de violação dos

49. GUEDES, G. S. da C.; MEIRELES, R. M. V. **Término do tratamento de dados**. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 236.

50. MENDES, L. S.; DONEDA, D. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 555, 2018.

direitos dos titulares. Assim, a responsabilidade já se fundaria na própria potencialidade do dano, ante a natureza do direito tutelado, na qualidade de personalíssimo e fundamental, e da atividade tida como de risco, posto a forma de operacionalização do tratamento.

Propondo uma análise sistêmica, vislumbram uma projeção interpretativa conjugada do art. 42 da LGPD com o disposto no art. 927 do Código Civil, o qual delinea, em seu parágrafo único, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, o mencionado risco atuaria como base para o estabelecimento de critérios próprios de imputação oriundos do incumprimento dos parâmetros de segurança estabelecidos pela Lei vergastada.

Nesse interim, Cavet, Faleiros e Nogaroli⁵¹ defendem que “a alavancagem da telemedicina, por si, já gera incremento de riscos”, posto que dados de cunho sensível serão amplamente coletados e tratados. Entendem que, embora existam alguns aparatos capazes de salvaguardar a efetiva indenização em hipóteses de violação, muito ainda deve ser feito para a consolidação de um regime de responsabilidade civil que contenha regras claras de responsabilização.

Caitlin Mulholland acrescenta que, com base na redação do artigo 44 da LGPD, surge o questionamento sobre a possibilidade do legislador ter inaugurado um regime de responsabilidade civil diverso daquele adotado no artigo 42 da LGPD. Haja vista que, enquanto este último dispositivo impõe a obrigação de indenizar “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”, o artigo 44 e seu parágrafo único da presente normativa determinam a obrigação de indenizar, caso haja tratamento irregular de dados pessoais.

A autora elucida que o legislador aparenta querer identificar, nessa hipótese, acontecimentos que se relacionam ao risco inerente ao desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, quer seja por meio de vazamentos não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não autorizados ou por meio das demais situações danosas que decorrem especificamente de incidentes de segurança. Portanto, aponta que, por meio dessa análise, tais “riscos devem ser necessariamente situados como intrínsecos à atividade de tratamento de dados”, ou seja, em última análise, devem ser hipótese de fortuito interno.

Assim, não caberia afastar a obrigação dos agentes de tratamento da indenização pelos danos causados em decorrência dos incidentes, já que tais se caracterizam por serem

51. FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M.; NOGAROLI, R.; CAVET, C. A. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da COVID-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico]. São Paulo, n. 1016, jun. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37577>>-. Acesso em: 26 jun. 2021.

“quantitativamente elevados e qualitativamente graves”, posto que atingem direitos difusos, o que, conforme a autora, já justificaria a adoção da responsabilidade civil objetiva, tal como no caso dos danos ambientais e dos danos causados por acidentes de consumo.

Ademais, Cavet, Faleiros e Nogaroli acrescentam que o paciente, na qualidade de usuário final, enquadra-se no conceito de consumidor, haja vista que atua como destinatário final do serviço prestado, consoante a exegese do art. 2º do CDC, sendo, os demais partícipes dessa relação complexa os fornecedores de serviços, os quais assumirão os ônus decorrentes desse enquadramento.

Complementando, aliás, que os provedores de aplicações de internet não respondem por atos de terceiros que sejam meros usuários desses serviços, embora entendam que tais passem a responder, de forma objetiva, caso intervenham na comunicação, “dando-lhe origem, escolhendo ou modificando o conteúdo ou selecionando o destinatário”⁵². Isso posto, atentaria à dinâmica das relações sociais admitir a hipótese em que o titular de dados arque com todos os danos, correlatos à esfera de sua personalidade.

Ora, conforme exaustivamente exposto anteriormente, está-se diante de atividade inerentemente arriscada, de caráter econômico, cuja parte significativa do objeto dessa prestação goza de proteção constitucional, já que interfere na personalidade e na autoafirmação individual do tomador do serviço, bem como na preciosa confiança requerida para a prestação profissional em questão. Diante do exposto, não seria forçoso admitir como regra a responsabilidade objetiva aos agentes responsáveis pelo tratamento dos dados.

Por se tratar de um vazamento, o qual, por mais que não se cogite a possibilidade de ocorrência, tem a natureza previsível, bem como, considerando a significativa importância da tutela dos objetos da presente relação profissional, vislumbra-se a necessidade de garantir uma estrutura indenizatória e protetiva considerável. Cabendo ressaltar que a possibilidade de tal terceiro, em virtude da sua, muitas vezes, elevada qualificação, estar sempre à frente do aparato protetivo hodierno é significativa, uma vez que a base de segurança tecnológica é elaborada por meio da atual possibilidade de violação acompanhada de uma ou outra visibilidade de brecha. Dessa forma, os terceiros, a exemplo do hacker, estão em constante progressão na busca de aquisição irregular da informação ali veiculada, assim, buscando sempre novas estratégias de invasão sistêmica, o que evidencia a existência do risco, principalmente, no que concerne às prestações virtuais, proporcionando um direcionamento para a aplicação da responsabilidade objetiva, diante da necessária proteção dos tomadores de serviço.

52. FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M.; NOGAROLI, R.; CAVET, C. A. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da COVID-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico]. São Paulo, n. 1016, jun. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37577>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Contudo, a despeito do outrora exposto, por meio de uma atenta análise do artigo 43 da LGPD, não é forçosa a possibilidade de adoção da responsabilidade subjetiva para alguns casos excepcionais. Essa aplicação se funda na expressa exclusão da responsabilização diante da ocorrência devidamente provada de fato de terceiro ou culpa exclusiva do titular dos dados.

Para que a adoção do presente dispositivo ocorra, é necessária, por meio de uma análise das nuances do caso concreto, a verificação da culpa ou não do profissional e da atuação ou não do terceiro ou do paciente. Exemplos se evidenciam nos casos em que a obtenção do dado decorreu, de modo comprovado, do uso ardiloso dos instrumentos do terceiro absolutamente desconectado à prestação de serviço de saúde virtual, tendo o médico adotado não apenas as disposições concernentes na LGPD, como também as tecnologias mais avançadas, considerando o estado da arte dos aparatos de telecomunicação na época da interferência.

Assim, parte da doutrina entende que o agente de tratamento não responderia pelo fato de terceiro e, caso o fizesse, em momento inicial, para não prejudicar o titular dos dados, teria direito de regresso contra o autor da infração, segundo o inciso II do §1º e o §4º do artigo 42 da LGPD.

Outrossim, é de relevante menção que a vertente questão perpassa pela análise da responsabilidade de um profissional liberal, o médico, a qual, segundo o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, requer a verificação de culpa. Ressalta-se, sucintamente, que na doutrina existe um acentuado debate quanto à variação da vertente responsabilização do mencionado profissional da saúde ante a ocorrência da obrigação de meio ou de resultado, mas isso não vem ao caso para a presente análise. Cabe recordar a disposição quanto à necessidade que esse profissional possui de notificar, de modo claro, amplo e inequívoco, ao paciente, quanto aos riscos inerentes a essa modalidade de atendimento. Adquirindo, assim, o consentimento livre e esclarecido do titular dos dados sensíveis.

Partindo das disposições outrora trazidas, nos casos em que a mencionada invasão por fato de terceiro decorreu, em verdade, de falha na prestação de segurança do serviço ou não fora realizada a notificação adequada dos pacientes quanto aos riscos inerentes ao canal de atendimento, os agentes do tratamento respondem solidariamente pelos danos causados⁵³. Portanto, a simples intervenção irregular do terceiro, por si só, não exime o agente dos dados da responsabilidade que lhe cabe na medida da sua participação no evento danoso, posto precisar ser evidenciada a ação exclusiva do terceiro para a isenção na responsabilização.

53. Artigo 42, §1º, II, LGPD.

A presente percepção quanto à mitigação da responsabilidade objetiva se mostra como incentivo positivo ao incremento dos investimentos empresariais aos parâmetros de segurança trazidos em realização às normas da LGPD. Isso, porque, a partir do momento que a necessidade de reparação ao dano causado só surge mediante prova da culpa e não da mera ocorrência do fato danoso, as empresas passam a investir cada vez mais em aparatos de segurança avançados, buscando se salvaguardarem de quaisquer prejuízos decorrentes da ação de terceiros completamente estranhos àquele vínculo profissional.

Nessa esteira, transcendendo as diretrizes de culpa ou não, um outro fator relevante para a responsabilização é o nexos causal entre a ocorrência do dano e a ação do agente. O juiz Mario Sergio Leite, da 2ª Vara Cível de Osasco (SP), em recente decisão⁵⁴, entendeu que haveria a necessidade de demonstração do dano para a configuração da necessidade de reparação. O magistrado entendeu que o vazamento de dados por si só não acarreta consequências graves à imagem, à personalidade ou à dignidade, sendo preciso provar que houve dano concreto, posto que o prejuízo decorrente da falha da empresa que coletou os dados teria sido apenas potencial. Essa seria, portanto, mais uma questão passível de análise.

De fato, conforme as disposições outrora mencionadas, não se trata de um desafio simples, de modo que tais disposições ainda serão objeto de profundas análises, no que tange à aplicação da LGPD.

6. TEORIA DO TERCEIRO INTERFERENTE

Nesse diapasão, evidencia-se, com notória nitidez, que o processo de responsabilização é primordial para a salvaguarda das mencionadas protetivas vinculadas à personalidade do titular dos dados, auxiliando na inibição da prática de condutas ilícitas, bem como restaurando o desequilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

Diante disso, tal aparato jurídico deve ser, portanto, aplicado não só aos agentes que porventura deixem de cumprir adequadamente o seu dever de resguardar os dados do paciente, como também ao terceiro que intervenha ilicitamente na sigilosa relação médico-paciente. Assim, para uma melhor compreensão dessa questão, urge delinear sobre a teoria do terceiro interventor e seus efeitos práticos para a questão exaustivamente versada nos capítulos anteriores.

Inicialmente, cabe mencionar que a interferência de terceiros na execução do contrato tem suscitado na doutrina e nos tribunais as mais variadas controvérsias, como

54. SANTOS, R. Prejuízo por vazamentos de dados deve ser provado para justificar dano moral. *Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-22/vazamento-dados-gera-indenizacao-dano-for-provado>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

bem ressalta Alvino Lima⁵⁵, professor aposentado de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP.

Conforme dispõe Helena Lana Figueiredo⁵⁶, o terceiro não participa da relação contratual, de modo que não possui qualquer vínculo anterior com os contratantes. Assim, o ato ilícito por ele praticado se configura na violação ao dever genérico e legal de não interferir na esfera jurídica alheia, uma vez que, além de não ter sido, nem implícita ou explicitamente, consentido a fazer parte do negócio jurídico que intervém, ainda age, por vezes, em prejuízo de uma das partes pactuantes. Cabe ressaltar que, embora o mencionado dever de respeito às disposições contratuais decorra da existência do contrato e das normas gerais que o tutelam, a obrigação de abstenção não é propriamente contratual⁵⁷.

A mencionada intervenção pode ocorrer de diversas formas. Figueiredo elucidada, a princípio, a possibilidade de essa atuação levar à rescisão contratual pela manifestação de vontade do devedor, hipótese para qual utiliza, como exemplo, o caso dele optar por celebrar novo contrato como terceiro, incompatível com o anteriormente firmado com o credor. Em sequência, defende a existência da rescisão embasada do inadimplemento total ou substancial das obrigações assumidas. Esse caso ocorre, por exemplo, quando o terceiro ofende ou lesa a pessoa do devedor ou o objeto do contrato. E, por fim, os casos em que a relação contratual se mantivera intacta, porém, com o inadimplemento parcial da avença.

Contudo, essa intervenção pode ocorrer de diversas outras formas. Exemplos evidenciam-se, também, na hipótese da representação, na qual o terceiro age como representante legal ou convencional do contratante, respondendo pelos atos culposos daquele.

Entretanto, as mencionadas possibilidades de intervenção não serão apreciadas na vertente análise, direcionando-a, assim, para as hipóteses de intervenção do terceiro nos casos de tratamento indevido dos dados sensíveis do paciente, obtidos por meio do teleatendimento, de modo a ocasionar um dano a este e proporcionando não apenas o incumprimento da tutela das protetivas exaustivamente versadas, principalmente, sob a perspectiva individual do titular dos dados, como também preceitos públicos basilares que norteiam a necessária confiança inerente à dinâmica da relação médico-paciente. Assim, atuando de modo ilícito sobre estruturas contratuais e extracontratuais dessa relação.

A modalidade de interferência em questão pode ocorrer com a cooperação intencional ou culposa do controlador dos dados, que, para a presente análise, é o médico,

55. LIMA, A. A interferência de terceiros na violação do contrato. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 05, ano 2, p. 307-325, out/dez. 2015. São Paulo: RT.

56. FIGUEIREDO, H. L. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 150.

57. FIGUEIREDO, H. L. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

o qual utiliza as tecnologias da comunicação para efetuar o atendimento, ou sem a interferência do agente em comento.

Conforme outrora mencionado, as intervenções podem ser motivadas pelos mais diversos intentos, os quais variam desde a dinâmica comercial, a qual estabelece uma personalização do produto e da publicidade, até o enriquecimento ilícito decorrente da extorsão mediante uso indevido dos dados pessoais e a alteração ou a destruição das informações em questão por quaisquer que sejam as motivações.

Configura-se, com clareza, um exemplo de intervenção sem culpa do controlador através dos casos em que a obtenção do dado supramencionado decorreu do uso ardiloso dos instrumentos e das qualificações do terceiro absolutamente desconectado à prestação de serviço de saúde virtual. Na vertente situação, o médico adotou não apenas as disposições concernentes na LGPD, como também as tecnologias mais avançadas, considerando o estado da arte dos mencionados aparatos na época da interferência.

Em sequência e partindo da disposição anterior, uma hipótese de inadimplemento, agora decorrente da cooperação do prestador de serviços, seria a intervenção facilitada pela negligência do profissional na adoção dos mecanismos de segurança para a realização da consulta ou a inobservância dos dispositivos trazidos na Lei Geral de Proteção de Dados.

A situação em comento respalda um inadimplemento culposo do profissional no que concerne à proteção dos dados sensíveis que lhes foram confiados. Entretanto, esse quesito pode ser verificado, também, na modalidade intencional, o que já possibilitaria a atuação do chamado terceiro cúmplice, o qual, por sua vez, atua irregularmente em conjunto com o prestador de serviços, impossibilitando a plena execução do pactuado no contrato. O exemplo se evidencia, quando o prestador repassa determinada informação sensível do paciente a um plano de saúde, o qual pode tentar, de forma ilícita, utilizar-se comercialmente daquele dado. Inclusive, cabendo ressaltar que tal prática é expressamente vedada pelo §5 do artigo 11 da LGPD.

Por fim, a última possibilidade é o inadimplemento, quanto à proteção dos dados em comento, facilitado por ação de inteira responsabilidade do paciente. Exemplos se evidenciam com o uso, pelo paciente e para fins de atendimento, de um aparelho contaminado, prévia ou posteriormente, por um malware⁵⁸ nos casos de manutenção de arquivos e de receituários referentes à consulta, quando o terceiro obtém, de modo indevido, essas informações, as quais podem ter sido adquiridas de diversas formas, como por meio de um link corrompido ou de um arquivo danificado, ou mesmo, por vazamento decorrente de equívoco do próprio paciente na transferência inadequada dos seus dados ao repassá-los a pessoas indesejadas.

58. Software malicioso. Programa de computador desenvolvido para infectar o computador de um usuário legítimo e prejudicá-lo de diversas formas.

Contudo, para fins de responsabilização do terceiro, analisar-se-ão os casos em que tal intervenção irregular ocorreu por ato exclusivo desse, sem qualquer conluio com o agente responsável pelo tratamento de dados, já que outrora se delineou quanto à responsabilidade solidária dos mencionados operadores nos casos em que participaram de algum modo, dolosa ou culposamente, da produção do dano.

6.1. Responsabilidade civil do terceiro

Inicialmente, para a compreensão das disposições supervenientes, cabe lembrar que as relações contratuais que versam sobre interesses extracontratuais socialmente relevantes são norteadas pelo denominado princípio da função social dos contratos, o qual, por sua vez, traduz a ideia de que o contrato não pode “ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”⁵⁹.

Desse modo, em decorrência da relevância das prerrogativas que norteiam tal relação contratual fundada em preceitos constitucionais, seria inconcebível a inação quanto à intervenção de determinado terceiro alheio ao mencionado vínculo, principalmente, de modo a prejudicar uma das partes. Assim, tendo em vista que o caso em análise versa sobre preceitos constitucionais como dignidade da pessoa humana, intimidade, personalidade, sigilo e outros dispositivos de ordem fundamental, o mencionado contrato de prestação de serviço virtual de saúde estaria abarcado na presente disposição.

De modo que tal instituto pode ser chamado a justificar a responsabilização por ato ilícito de pessoa alheia à relação médico-paciente em questão e que, indevidamente, tenha acesso aos dados sensíveis do paciente e venha a lhe causar qualquer tipo de dano de ordem material, moral ou social.

Outrossim, para além do outrora exposto, tem-se mais um instituto que respalda a aplicação da responsabilização a terceiro interveniente, qual seja: a boa-fé objetiva, a qual atua estabelecendo limites ao exercício dos direitos e funciona, portanto, como critério para a diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos.

Nessa esteira, está o Acórdão n.º 1297487, do relator Eustáquio de Castro, da 8ª Turma Cível, publicado no Diário da Justiça eletrônico (DJe), em 12 de novembro de 2020⁶⁰. Segundo o qual, entende-se que os deveres de conduta emanados da probidade e

59. NEGREIROS, T. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

60. DINIZ, C. E. I. *A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_61.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

da boa-fé objetiva devem permear todas as fases do contrato, consoante dispõe o art. 422 do Código Civil⁶¹.

Ademais, o Acórdão supramencionado também elucida que o princípio compreende um modelo de *eticização* de conduta social, atuando como um verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, o qual é caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Defendendo, assim, que a boa-fé seria um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta.

Segundo Carlos Eduardo Diniz, juiz de direito, titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Araruama, em seu artigo “Breves Anotações Sobre o Princípio da Boa-Fé Objetiva e Sua Incidência nos Contratos”⁶², a boa-fé objetiva possui uma tríplice função no sistema jurídico. A primeira função alude à boa-fé como critério de interpretação; a segunda é servir de fonte para a criação de deveres anexos à prestação principal; e a terceira tem por fim impedir o exercício de direitos em contrariedade à lealdade e à confiança recíprocas, que devem estar presentes nas relações negociais. O autor, em sequência, delinea que a falta de regulamentação positiva desse princípio faz com que sua inclusão no ordenamento se dê por meio da cláusula geral de boa-fé, o que facilita a sua aplicação às relações privadas, inclusive, na esfera extracontratual, posto que, por mais que alguns dispositivos a citem expressamente esse princípio, alguns de seus nortes, principalmente no que concerne à sua terceira função, não foram positivados.

Essa disposição geral da cláusula em questão faz com que tal dever de honestidade e lealdade transcendam os limites do contrato e passem a abarcar terceiros absolutamente desconectados do pacto efetivado. Ora, tal amplitude se confirma na necessidade de tutela das protetivas inerentes ao vínculo pactuado, garantindo o surgimento de um dever negativo para os demais indivíduos, já que devem se abster de interferir, especialmente em prejuízo das partes, no contrato efetivado.

Assim, como tais deveres decorrem da lei e não da vontade, propriamente, dos contratantes, tem-se, segundo o entendimento do doutrinador Gustavo Tepedino⁶³, que o princípio da boa-fé objetiva, “informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais”, de modo a vinculá-los ao respeito de posições contratuais estabelecidas. Por isso mesmo, tal princípio fundamenta a proteção do crédito em face de terceiros.

61. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

62. DINIZ, C. E. I., Op. cit.

63. TEPEDINO, G. **Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula do best knowledge of the sellers**. Disponível em: <https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/5600369/mod_resource/content/1/Novos%20Princ%C3%ADpios%20Contratuais%20e%20Teoria%20da%20Confian%C3%A7a%20a%20exegese%20da%20cl%C3%A1usula%20do%20the%20best%20knowledge%20of%20the%20sellers%20-%20Gustavo%20Tepedino%20.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021, p. 251.

Partindo desse pressuposto, Helena Figueiredo⁶⁴ acrescenta que, quando a conduta do terceiro se mostrar contrária à boa-fé objetiva, sendo tida como “abusiva, desleal e antiética, caberá sua responsabilização, ainda que o contrato seja denunciável a qualquer momento pelos contratantes”. Isso, porque o direito deve prezar por condutas que sejam lícitas, transparentes e leais, assim, as atitudes contrárias devem ser coibidas e desestimuladas.

Outrossim, é de relevante ressaltar que a infração a esse dever legal de abstenção pressupõe culpa e importa na prática de ato ilícito extracontratual pelo terceiro. Haja vista que o interventor não possui qualquer vínculo com as partes pactuantes, tomando por base o caso de intervenção irregular na relação virtual pactuada em análise.

A natureza extracontratual do presente dever não é incontroversa, posto que alguns doutrinadores entendem que, em verdade, ela seja contratual. Isso, sob a arguição de que a ilicitude decorre do incumprimento do contrato⁶⁵ e não do simples dever de não causar dano, com o que, data máxima vênia, não se pode concordar.

Ademais, sobre a questão em tela, Figueiredo⁶⁶ traz outra importante lição, agora de Noronha⁶⁷, na qual o terceiro interveniente que agir de modo doloso, movido pelo propósito de causar dano ao credor, deverá ser obrigado a indenizar. Justificando tal questão com a razão de ordem pública, em que todo dano dolosamente causado deve ser indenizado.

Ora, o vertente caso em análise conversa perfeitamente com tais disposições, posto que se trata de um terceiro que, mesmo conhecendo o contrato, opta por interferir negativamente em sua plena execução provocando, intencionalmente, prejuízo aos contratantes ou, em casos menos graves, buscando auferir vantagem de modo indevido. Desse modo, a má-fé e o dolo dele estão caracterizados, tornando inequívoca a necessidade de reparação.

Nessa esteira, conforme dispõe o art. 186 do CC, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo⁶⁸. Ademais, conforme delinea a LGPD, cabe, inclusive, direito de regresso contra os responsáveis pelo evento danoso, na medida de sua participação. Assim, a partir da configuração do nexa causal entre o dano e a ação do terceiro, surge a obrigação de reparar.

64. FIGUEIREDO, H. L. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 146.

65. BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual**. 2005. 190 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

66. FIGUEIREDO, H. L. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 149.

67. NORONHA, F. Âmbito da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 39–58, out./dez., 2002.

68. Art. 927 do CC.

Diante do exposto, em sede conclusiva, vê-se que a responsabilidade civil do terceiro interventor se configura com a ocorrência da prática de um ato ilícito, já que ele intervém em relação contratual, na qual deveria se abster de intervir; a comprovação do dano e a existência do nexo causal do mencionado prejuízo em qualquer das esferas das partes; e a ação ilegal que aquele praticou. Outrossim, tal responsabilidade é tida como subjetiva, visto que é dependente da configuração da culpa ou do dolo de sua conduta, já que não se concebe uma intervenção de terceiro nos moldes dos problemas e riscos apresentados sem que houvesse um aspecto minimamente volitivo. Ademais, cabe delinear que a reparação em questão, conforme preceitua o art. 944 do CC, seja medida pela extensão do dano, o qual será averiguado em conformidade com o caso concreto, e será paga com o patrimônio do responsável pelo dano.

Contudo, já em linhas conclusivas, existem doutrinas sobre a vertente questão que ainda precisam ser objeto de análise pela relevância do conteúdo que veiculam. Como exemplo, tem-se teorias como a do Ilícito Lucrativo, proposta pelo doutrinador Nelson Rosenvald⁶⁹, a qual questiona, entre outros fatores, a tradicional função compensatória que tem como desiderato a contenção de danos, sejam eles oriundos de fatos ilícitos ou quando relacionados ao risco inerente de determinadas atividades. Delineando mais, a resposta restitutória deveria desprezar o fato jurídico do dano, buscando neutralizar o ilícito pela contenção do enriquecimento do ofensor. Versa-se, pois, sobre a ideia de multifuncionalidade da responsabilidade civil.

7. NOTAS CONCLUSIVAS

Tendo em vista os argumentos expostos, evidencia-se que o terceiro que intervenha, de modo ilícito, no tratamento de dados sensíveis do paciente, independentemente do intento, de modo a causar dano, deve responder subjetivamente pelos seus atos, cabendo o pagamento da indenização em montante medido pela extensão do dano, que ocorrerá após a constatação da ocorrência do nexo de causalidade entre a conduta inadequada e o dano causado.

O objetivo do presente estudo, contudo, não está em esgotar as discussões a respeito do tema, posto que, conforme outrora exposto, trata-se de uma matéria não pacificada e que demanda inúmeros novos debates. Buscou-se, portanto, analisar como inibir a ingerência, não autorizada e intencional, de terceiros nessa relação. Perpassando, principalmente, pela análise quanto à responsabilização do terceiro que intervenha de modo ilícito na relação médica preexistente e à reparação dos danos causados em

69. ROSENVALD, N. *A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 225.

decorrência da violação de um dever jurídico, visa-se, principalmente, a salvaguardar as garantias fundamentais que tutelam não somente os mencionados dados individuais, mas também, de modo mais abrangente, o direito à intimidade, à personalidade, à dignidade e à liberdade do indivíduo, as quais, para além da disposição constitucional que possuem em seu bojo, projetam a maneira como cada indivíduo é visto por si e pela sociedade, perpassando questões caras vinculadas à personalidade.

Trar-se-á, mais precisamente, a vertente análise para a intervenção do terceiro nas relações médico-paciente intermediadas pelas tecnologias da telecomunicação. Haja vista que a telemedicina, com emprego, até então, controvertido no Brasil, desponta como via de amplo acesso à saúde e importante instrumento de combate à propagação da atual pandemia, uma vez que, com os cuidados médicos à distância, evitam-se aglomerações em hospitais e clínicas, reduzindo-se os riscos de exposição e disseminação do coronavírus.

Contudo, por mais que a presente estratégia de atendimento possua inquestionáveis vantagens, principalmente frente ao cenário hodierno, evidencia-se que o implemento da tecnologia merece especial atenção quanto às garantias de sigilo da informação e de privacidade do paciente. Já que a implantação de novos dispositivos, especialmente aqueles que usam redes sem fio e sensores para coletar e trocar informações, apesar de aumentarem a eficiência do atendimento, possibilitam a ampliação da superfície de ataque. Bem como, por meio da ampliação da circulação, da conexão e da coordenação de dados pessoais sensíveis estruturados, há a potencialização dos riscos de vazamento. Ressaltando-se que tais registros dos pacientes têm quase tudo o que um invasor precisa em um único documento para realizar esquemas sofisticados de fraude em seguros, comprar suprimentos médicos ou medicamentos ou mesmo cometer outros tipos de fraude, incluindo roubo de identidade total. Os registros médicos, portanto, são alvos lucrativos e ativos caros no mercado negro.

Portanto, a produção de estratégias normativas e, principalmente, de responsabilização dos agentes irregularmente interventores devem ser significativamente perseguidas e ampliadas, haja vista que atuam não só como instrumentos de salvaguarda das mencionadas prerrogativas constitucionais e da liberdade deliberativa do paciente, mas também como um dos princípios norteadores da relação profissional em questão.

Isso tudo levou a presente pesquisa a analisar não só a reparação devida pelo terceiro interventor, como também quanto aos riscos inerentes a esse atendimento virtual, e qual a responsabilidade dos agentes pelo tratamento dos mencionados dados. Isso, por meio de um estudo de cunho bibliográfico, complementado pela análise doutrinária e documental de livros, de revistas especializadas e de acervos legais, além de consultas a diplomas e a veículos internacionais.

Diante do exposto, a busca por estratégias normativas e, principalmente, de responsabilização dos agentes irregularmente interventores deve ser perseguida e ampliada, visando à proteção das prerrogativas constitucionais versadas e da liberdade deliberativa do paciente. Cabendo concluir, portanto, que há cabimento da responsabilidade do terceiro pelo dano causado de forma subjetiva e conforme a extensão do prejuízo, em qualquer das esferas do dano. Assim, proporcionando a tutela da segurança jurídica ao cidadão e assegurando a necessária confiança entre todos os atores da relação médico-paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M; PAULO, V. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, C. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAMPATZIS, A. Cibersegurança e conformidade para organizações da saúde. **Tripwire**. 2021. Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/healthcare/cybersecurity-and-compliance-for-healthcare-organizations/>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BARCELLOS, A. P. de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **A Constituição na Visão dos Tribunais - Interpretação e Julgados - Artigo por Artigo**. v. 1. Brasília: Editora Saraiva, 1997.

BELTRÃO, S. R.; MENEZES, R. O. A. Evolução histórica do Direito à Intimidade e os desafios contemporâneos para a preservação do paciente. **Revista Jurídica Luso-brasileira**. Ano 4, n. 3, p. 1395-1421. 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1395_1421.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual**. 2005. 190 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais, sub- área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

BRASIL. [Constituição Federal (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. [Constituição Federal (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2021.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Emenda Constitucional n.º 115**, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 12.842**, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. **Lei n.º 12.965**, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. **Lei n.º 13.989**, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13989.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão n.º 1297487**, de 29 de outubro de 2020. APELAÇÃO CÍVEL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS HOSPITALARES. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. PAGAMENTO DEVIDO. BOA-FÉ OBJETIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratando-se de reparação de danos por inadimplemento contratual, aplica-se o prazo prescricional decenal do artigo 205 do Código Civil. 2. O Princípio da Boa-fé Objetiva, exige, em todas as fases da contratação, até mesmo na fase pós contratual, conduta leal dos contratantes, os quais devem observar os deveres anexos ou laterais de conduta, a fim de manter a confiança e as expectativas legítimas do Negócio Jurídico. 2.1. Como forma de proteger as naturais expectativas das partes no desenvolvimento da relação contratual, tal princípio possui a função de também limitar os exercícios dos direitos das partes do contrato, sempre que o comportamento dela - embora formalmente de acordo com as normas contratuais - acabe por significar a quebra de uma expectativa legítima da outra. 3. Demonstrada a prestação de serviços pela apelada, devido é o seu pagamento, sob pena de violação aos Princípios da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa e da Boa-fé Objetiva. 4. Recurso conhecido e não provido. 8ª Turma Cível. Relator: Ministro Eustáquio de Castro. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1297487>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 245.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. apud., SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

CARVELLI, U. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011.

CASADO FILHO, N. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTE, M. A. L. **Vade mecum de jurisprudência dizer o direito**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CITTADINO, G. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Prescrição Eletrônica: Prescreva remotamente, valide com segurança**. Disponível em: <<https://prescricaoeletronica.cfm.org.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

_____. **Resolução n.º 1.643**, de 07 de agosto de 2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

_____. **Resolução n.º 2.107**, de 25 de setembro de 2014. Define e normatiza a Telerradiologia e revoga a Resolução CFM n.º 1890/09, publicada no D.O.U. de 19 janeiro de 2009, Seção I, p. 94-5p. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2014/2107>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

- _____. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- _____. **Resolução n.º 2.314**, de 20 de abril de 2022. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/apos-amplio-debate-cfm-regulamenta-pratica-da-telemedicina-no-brasil>>. Acesso em: 21 out. 2022.
- _____. **Resolução n.º 2.264**, de 20 de setembro de 2019. Define e disciplina a telepatologia como forma de prestação de serviços de anatomopatologia mediados por tecnologias. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2019/2264_2019.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PIAUÍ. Informe aos médicos piauienses – Afastamento das atividades. 2020. Disponível em: <http://www.crmipi.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21592:2020-06-24-10-50-26&catid=3>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- COSTA, M. J. de A. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- COSTA JUNIOR, P. J. **Agressões à intimidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DI FIORE, Bruno Henrique. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**. 2012. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 20 de jun. 2020.
- DINIZ, C. E. I. **A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_61.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 407.
- DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DWORKIN, M. apud., BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**, 381 U.S. 479 (1965). **Griswold v. Connecticut No. 496. Argued March 29-30, 1965. Decided June 7, 1965. 381 U.S. 479**. Appellants, the Executive Director of the Planned Parenthood League of Connecticut, and its medical director, a licensed physician, were convicted as accessories for giving married persons information and medical advice on how to prevent conception and, following examination, prescribing a contraceptive device or material for the wife's use. A Connecticut statute makes it a crime for any person to use any drug or article to prevent conception. Appellants claimed that the accessory statute, as applied, violated the Fourteenth Amendment. An intermediate appellate court and the State's highest court affirmed the judgment. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M.; NOGAROLI, R.; CAVET, C. A. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da COVID-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico]. São Paulo, n. 1016, jun. 2020. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37577>>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, M. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, H. L. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. 2008. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais, sub- área Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FRANÇA. **Conselho constitucional**. Decisão n.º 94-343/344, 27 de julho de 1994. Fr. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

FRANÇA, G. V. de. **Direito médico**. 12. ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRAZÃO, A. **Fundamentos da proteção de dados pessoais: Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52.

FREITAS, L. C. A lei 13.989/20 e o exercício da telemedicina. **Migalhas**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depsos/326789/a-lei-13989-20-e-o-exercicio-da-telemedicina>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 40-60.

GOSDAL, T. C. **Dignidade do Trabalhador: Um conceito Construído Sob o Paradigma do Trabalho Descendente e da Honra**. 2006. 195 f. Tese (Doutorado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp009217.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

GUEDES, G. S. da C.; MEIRELES, R. M. V. **Término do tratamento de dados**. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Editora RT, 2019.

GUERRA, S. C. S. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

IKEDA, J. G. S. S.; SERREGLIO, L. P.; SILVA, R. B. F. Telemedicina em tempos de covid-19: Evolução legislativa. **Azevedo Sette**. 2020. Disponível em: <<http://www.azevedosette.com.br/noticias/pt/telemedicina-em-tempos-de-covid-19-evolucao-legislativa/5716>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ISRAEL. **Declaração de Tel Aviv**, de 1999. Sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina. (Adotada pela 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

KACHANI, M. Ou a sociedade acompanha internet ou a democracia começa a ficar em xeque. **Folha De São Paulo**. 2014. Disponível em: <<http://blogdomorris.blogfolha.uol.com.br/2014/04/08/ou-sociedade-acompanha-internet-ou-democracia-comeca-a-ficar-em-xeque/>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KONDER, C. N.; MORAES, M. C. B. de. **Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior**. 2013. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/early/2013/03/06/1218772110.full.pdf+html>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

- LEWICKI, B. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LIBERAL, H. S. P. **Sigilo Profissional**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/include/biblioteca_virtual/des_eti/10.htm>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- LIMA, A. A interferência de terceiros na violação do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 05, ano 2, p. 307-325, out./dez. 2015. São Paulo: RT.
- LIMA, E. P. P. de S. Daños por violación de los deberes informativos del consentimiento informado. **Revista IBERC**, v. 02, n. 02, p. 01-19, mai./ago. 2019. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/52/42>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- LIMA JUNIOR, P. G. de; FERMENTÃO, C. A. G. R. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**. vol. 12. 2012.
- LÔBO, P. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOURENÇO, F. Tecnologia e saúde: entenda o futuro da medicina. **Cmtecnologia**. 2018. Disponível em: <<https://cmtecnologia.com.br/blog/impacto-de-tecnologias-na-melhoria-da-saude/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana – princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MASCARO, A. L. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1986.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, L. S.; DONEDA, D. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 555, 2018.
- _____. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, p. 468-486, nov./dez. 2018.
- MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NEGREIROS, T. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. de Q. P. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NORONHA, F. Âmbito da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 39-58, out./dez., 2002.
- OLIVEIRA, R. D. C. de. Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo. **Âmbito Jurídico**. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-intimidade-e-sua-protecao-baseada-nos-direitos-humanos-no-mundo/#_ftn7>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**, v. 2: parte especial: arts. 121 a 361. 2. ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORQUE HACKERS ESTÃO ATRÁS DO SETOR DE SAÚDE. **Tripwire**. 2015. Disponível em: <<https://www.tripwire.com/state-of-security/security-data-protection/cyber-security/why-anthem-why-now/>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES JUNIOR, O. L. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 821, p. 80 - 98, 2004.

ROSENVALD, N. **A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ROSENVALD, N; CORREIA, A; MONTEIRO FILHO, C. E. do R.; KHOURI, P; R. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

ROUSSEAU, D. **Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine**. Paris: Montchrestien, 1998.

SABBATINI, R. **A Telemedicina no Brasil: Evolução e Perspectivas**. 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/29848261/A_Telemedicina_no_Brasil_Evolu%C3%A7%C3%A3o_e_Perspectivas>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTIAGO, L. C. F. O sigilo médico e o direito penal. **Revistas UNIFACS**. 2011. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1409/1096>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SANTOS, R. Prejuízo por vazamentos de dados deve ser provado para justificar dano moral. **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-22/vazamento-dados-gera-indenizacao-dano-forprovado>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SHIGEKAWA, E.; FIX, M.; CORBETT, G.; ROBY, D. H.; COFFMAN, J. O estado atual das evidências de telessaúde: uma revisão rápida. **Health affairs (Project Hope)**. v. 37, n. 12, p. 1975-1982. 2018. Disponível em: <<https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hlthaff.2018.05132>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, J. C. F. da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUZA, P. V. S. de. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STEINMAN, M; MORBECK, R. A.; PIRES, P. V.; CORDEIRO, C. B.; ANDRADE, A. H. V.; TERRA, J. C. C.; TEIXEIRA, J. C.; KANAMURA, A. H. **Impacto da telemedicina na cultura hospitalar e suas consequências na qualidade e segurança do cuidado**. 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/eins/a/Sx7Yfw9hhZwRdSFYbS344Gj/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

TASSO, F. A. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar. 2020.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEPEDINO, G. **Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5600369/mod_resource/content/1/Novos%20Princ%C3%ADpios%20Contratuais%20e%20Teoria%20da%20Confian%C3%A7a%20a%20exegese%20da%20cl%C3%A1usula%20to%20the%20best%20knowledge%20of%20the%20sellers%20-%20Gustavo%20Tepedino%20.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

TEPEDINO, G.; SPADACCINI, C. O Consentimento na Circulação de Dados Pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

TOLEDO, M. Hackers invadem sistema do Hospital de Câncer de Barretos e pedem resgate. **Folha de São Paulo**. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/06/1896638-hackers-invadem-sistema-do-hospital-de-cancer-de-barretos-e-pedem-resgate.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos – Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas** (Resolução 217 A III), de 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ZISMAN, C. R. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 96, jul. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF>. Acesso em: 26 jun. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Nova York: Public Affairs, 2019.

AUTONOMIA DO PACIENTE E RECUSA TERAPÊUTICA: UMA ANÁLISE DO ART. 11 DA RESOLUÇÃO N.º 2.232 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

PATIENT AUTONOMY AND THERAPEUTIC REFUSAL: AN ANALYSIS OF ART. 11 OF RESOLUTION NO. 2.232 OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE

Ana Flávia Pereira de Almeida Costa¹

Ronaly Cajueiro de Melo da Matta²

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a autonomia privada. 2.1. Requisitos de validade da autonomia privada. 3. Uma análise da competência. 4. A Resolução n.º 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina. 5. Autonomia do paciente à luz do art. 11 da Resolução n.º 2.232/2019 do CFM. 6. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a autonomia do paciente e a possibilidade de recusa terapêutica nas hipóteses de urgência e de emergência. A discussão sobre esse relevante tema ganha novo relevo com a publicação da Resolução n.º 2.232, editada em 2019 pelo Conselho Federal de Medicina. Isso, porque a Resolução regulamentou a conduta médica nos casos de urgência e de emergência, autorizando o profissional médico a rejeitar a recusa terapêutica manifestada pelo paciente nos casos em que se caracterizar iminente perigo de morte. Para tanto, o presente estudo objetivou a análise da autonomia do paciente e da recusa terapêutica, tomando como parâmetro a referida Resolução e as demais normas pertinentes à hipótese, utilizando metodologia dialética-dedutiva, de cunho jurídico, que se baseou na hipótese de que o estado de urgência ou de emergência do paciente, por si só, não autorizaria a supressão de sua autonomia para a recusa terapêutica. O que se apresenta é que a taxatividade do art. 11 da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.232/2019 restringe a autonomia do paciente em toda e qualquer circunstância de urgência e de emergência e autoriza o profissional médico a desrespeitar a manifestação de recusa terapêutica existente nessas circunstâncias. Conclui-se, dessa forma, com base na dignidade da pessoa humana, na autonomia privada e no direito à recusa terapêutica, que não haveria óbice ao paciente em gozo de sua capacidade

1. Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora com registro no CNPq pelos Grupos de Pesquisa "Novos Direitos e Reconhecimento" da Universidade Federal de Ouro Preto" e "CEBID JUSBIOMED". Advogada. Bolsista Capes.

E-mail: anaflaviapa.costa@gmail.com.

2. Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Negócios e Contratos pela Universidade Gama Filho. Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Psicóloga.

E-mail: ronalycajueiro@gmail.com.

civil, lúcido, consciente e orientado ao se negar a ser submetido à terapêutica proposta, mesmo diante de iminente perigo de morte. O fato de estar em situação de urgência ou de emergência não necessariamente implica a perda da competência para a tomada de decisão, que deve ser avaliada no caso concreto, mediante a análise das condições do paciente.

Palavras-chave: Autonomia Privada. Recusa Terapêutica. Urgência e Emergência. Resolução CFM n.º 2.232/2019.

Abstract: This article aims to analyze patient's autonomy and the possibility of therapeutic refusal in cases of urgency and emergency. The discussion on this relevant topic gains new prominence with the publication of Resolution no. 2.232, edited in 2019 by the Federal Council of Medicine. This is because the Resolution regulated the medical conduct in cases of urgency and emergency, authorizing the medical professional to reject the therapeutic refusal manifested by the patient in cases in which imminent danger of death is characterized. Thereby, the present study aimed to analyze the patient's autonomy and therapeutic refusal, taking as a parameter the referred Resolution and other norms pertinent to the hypothesis, using a dialectical-deductive methodology, of a legal nature, that was based on the hypothesis that the patient's state of urgency or emergency, by itself, would not authorize the suppression of his autonomy for therapeutic refusal. What appears is that the strictness of art. 11 of the Resolution of the Federal Council of Medicine no. 2.232/2019 restricts the patient's autonomy in any and all circumstances of urgency and emergency and authorizes the medical professional to disrespect the manifestation of therapeutic refusal existing in these circumstances. It is concluded, therefore, based on the dignity of the human person, on private autonomy and on the right to refuse therapy, that there would be no obstacle to the patient in enjoyment of his/her civil, lucid, conscious and oriented when refusing to be submitted to proposed therapy, even in the face of imminent danger of death. The fact of being in an urgent or emergency situation does not necessarily imply the loss of competence for decision-making, which must be evaluated in the specific case, through the analysis of the patient's conditions.

Keywords: Private Autonomy. Therapeutic refusal. Urgency and emergency. CFM Resolution no. 2.232/2019.

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre autonomia do paciente em ambiente hospitalar é, ainda hoje, assunto no mínimo desafiador. Isso, porque a construção histórica da relação médico-paciente traduz uma relação verticalizada e paternalista do profissional médico para com o paciente, pois, sendo o médico o detentor do conhecimento técnico, ele é quem saberia dizer o tratamento mais adequado para o paciente em cada caso e, como função primordial de sua

atividade profissional, objetivaria, sobretudo, assegurar a vida de seu paciente. Entretanto, a concepção de vida ou de morte digna faz parte da construção da personalidade de cada indivíduo, que, de acordo com suas próprias vivências e perspectivas, é capaz de definir para si mesmo o conceito do que entende por dignidade.

É nesse campo, entre autonomia e vulnerabilidades no ambiente hospitalar, que a presente pesquisa se insere, tomando como ponto de partida a disposição do art. 11 da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.º 2.232, de 17 de julho de 2019, que regulamentou a conduta médica nos casos de urgência e de emergência, autorizando o profissional médico a rejeitar a recusa terapêutica manifestada pelo paciente nos casos em que se caracterizar iminente perigo de morte.

A proposta do presente estudo é analisar tal disposição da referida Resolução à luz do princípio da autonomia privada, nesse caso, do paciente aqui manifestada pela recusa terapêutica.

O tema proposto se apresenta com extrema relevância na medida em que, ao editar tal norma deontológica, o Conselho Federal de Medicina autoriza que o médico desconsidere a autonomia do paciente e eleja a vida como bem superior sem levar em conta a vontade manifestada pelo paciente de recusa terapêutica e, conseqüentemente, toda a sua construção de vida ou morte boa.

Feitas tais considerações iniciais, o assunto será abordado de forma pormenorizada ao longo do escrito, pretendendo-se abordar o questionamento se a situação de urgência ou de emergência, com iminente risco de morte, a priori, tornaria o paciente incompetente para exercer seu direito à recusa terapêutica.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA PRIVADA

Para desenvolver o assunto proposto para o presente estudo, fez-se imprescindível, em um primeiro momento, analisar o que é a autonomia privada e em que medida tal definição implicaria a busca pela resposta ao questionamento apontado.

A palavra autonomia, que deriva do grego, significando *auto* próprio e *nomos* lei, regra, norma. Nas palavras de Luciana Dadalto³, autonomia é definida como a “norma que o próprio indivíduo estabelece para si, estando, portanto, desde os primórdios, atrelada à subjetividade individual, mas também à fluidez dos aspectos sociais, culturais e religiosos que nos moldam”.

3. DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 5.

Em que pese a autonomia não ser objeto de estudo exclusivamente do direito, para a análise proposta, faz-se imprescindível pender os esforços para entender como as amplitudes de tal conceito implicam juridicamente a relação médico-paciente.

Para o direito privado, a autonomia possui basicamente duas vertentes: fala-se em autonomia da vontade e em autonomia privada. Apesar de aparentemente sinônimas, tais expressões não podem ser confundidas, pois denotam abordagens totalmente distintas.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas para realizar uma distinção de extrema relevância, pode-se afirmar, com base nas lições de Sá e Naves⁴, que autonomia da vontade denota uma subjetividade de cunho psicológico, fruto do Estado Liberal, no qual a vontade íntima do sujeito era suficiente para “criar o Direito, cabendo ao Estado apenas sancioná-la”. Lado outro, a autonomia privada possui uma conotação objetiva, concreta e real, sendo fruto do estado democrático de direito. Em outras palavras, é a garantia do exercício das liberdades individuais da pessoa, mas não isoladamente, segundo sua própria vontade. Antes, pressupõe-se que essas liberdades individuais sejam exercidas pelo sujeito em conformidade com o ordenamento jurídico.

Portanto, sendo entendido atualmente como o mais adequado, o presente escrito tratará o assunto proposto através da perspectiva da autonomia privada. Segundo Naves e Sá⁵, essa autonomia, vista como o poder de autodeterminação da pessoa, no âmbito médico, é tratada como “consentimento informado”. Já no direito, tal expressão é representada pelo termo acima descrito – a autonomia privada.

2.1. Requisitos de validade da autonomia privada

Para que produza todos os efeitos esperados, no âmbito da relação médico-paciente, o exercício da autonomia privada pressupõe o preenchimento de todos os requisitos de validade de um negócio jurídico. Isso, porque a relação médico-paciente, antes de qualquer perspectiva, é uma relação contratual que deve observar precipuamente os requisitos de validade genéricos insculpidos no art. 104 do Código Civil (CC), Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.⁶ Entretanto, particularmente para a autonomia privada, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá salientam na obra *Bioética e Biodireito*⁷, ainda, outros três requisitos específicos indispensáveis à validade das decisões manifestadas em exercício da autonomia privada, quais sejam: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos diretos.

4. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. págs. 42 e 105.

5. *Ibid.*, 2018. p. 105.

6. De acordo com o art. 104 do Código Civil, são requisitos genéricos para a validade dos negócios jurídicos a presença concomitante dos seguintes requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

7. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

Acerca do requisito da informação, mais do que um pressuposto de validade, esse é um direito do paciente, assegurado não apenas nas normas deontológicas editadas pelo Conselho Federal de Medicina, como nos [questionáveis] arts. 22 e 34⁸ do Código de Ética Médica (CEM)⁹, Resolução n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018. Também no próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que determina, no inciso III de seu art. 6º, ser um direito básico do consumidor o acesso à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.¹⁰ Tal aplicação se apresenta adequada à relação médico-paciente, dada a interpretação atual atribuída ao art. 14 da referida Lei, que não deixa dúvidas acerca de seu caráter de relação de consumo.

A informação, na qualidade de requisito de validade jurídica do exercício da autonomia privada, pressupõe que o paciente seja adequadamente esclarecido tanto sobre o seu diagnóstico quanto sobre as possibilidades de tratamento que podem ser adotadas, demonstrando ao paciente suas consequências positivas e negativas. Naves e Sá¹¹ ressaltam, entretanto, que não basta que essas informações sejam passadas ao paciente, mas, nesse ponto, faz-se necessária uma construção dialógica dessa informação de forma acessível ao paciente, a fim de que se possibilite a ele a tomada da decisão em exercício de sua autonomia privada.

Acerca do requisito do discernimento, esse se configura na capacidade do paciente de compreender e discernir as informações recebidas, de modo que tenha competência para consentir ou não com a terapêutica que lhe está sendo proposta.

Por fim, o último requisito de validade da autonomia privada proposto por Sá e Naves pressupõe a manifestação de vontade livre, ou seja, sem quaisquer vícios sociais ou de consentimento. Tal requisito diz respeito à ausência de condicionadores externos diretos na manifestação da vontade do paciente. Nesse ponto, se reconhece a impossibilidade das decisões tomadas serem totalmente desvinculadas de qualquer elemento extrínseco ao sujeito. No entanto, o que se busca resguardar é que tal influência externa não seja incisiva ao ponto de induzir a tomada de decisão.

8. “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

9. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

10. BRASIL. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

11. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 108.

3. UMA ANÁLISE DA COMPETÊNCIA

Neste momento, surge outra importante distinção necessária à compreensão do tema tratado. É de suma importância compreender que, de acordo com o marco teórico adotado, a competência para a tomada de decisões médicas não necessariamente coincide com a vigência da capacidade de fato – ou capacidade de exercício. Em outras palavras, pode perfeitamente uma pessoa ser considerada capaz para o exercício dos atos da vida civil – ou seja, gozar de plena capacidade civil –, mas não ter competência para a tomada de decisões nas questões médicas. Tal questão se tornou objeto de discussões ainda mais acaloradas após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, segundo a qual a pessoa com deficiência, seja física ou mental, é presumidamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil.

De igual modo, o contrário também se aplica. Nada obsta que uma pessoa civilmente incapaz, por exemplo, em razão da idade, tenha competência para a tomada de decisões sobre suas questões médicas. Afinal de contas, especialmente o critério de idade, estabelecido pelo Código Civil em seus arts. 3º e 4º, estipula a capacidade civil de maneira estritamente objetiva, não considerando as particularidades e subjetividades que cada pessoa carrega em si e que são de extrema relevância para a aferição da competência.

Restando claro que a capacidade civil não necessariamente corresponde à existência do discernimento necessário para a tomada de decisão, tendo já sido apontado o elemento da competência como fator determinante para o exercício da autonomia privada em questões médicas, surge então a seguinte questão: do que se trata a competência e como é possível aferi-la?

Segundo Naves e Sá¹², “em Bioética, a palavra competência tem conotação de poder, de autorização para determinadas decisões”.

Trazendo uma concepção norte-americana de competência, Naves e Sá¹³ citam o entendimento trazido por Charles M. Culver, segundo o qual seria possível aferir a competência a partir da equação: entender + avaliar = competência. Aplicando-se na relação médico-paciente, teríamos a compreensão de que, se o paciente, adequadamente informado, conseguisse entender e avaliar as possibilidades e riscos inerentes à sua decisão, ele seria competente. Ao revés, se ele não conseguisse entender ou avaliar os riscos, ele seria incompetente.

Entretanto, tal como ainda apontam os autores¹⁴, tal determinação encontraria um problema quando a vontade manifestada pelo paciente não coincidissem com aquilo que o

12. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 121.

13. CULVER, apud NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 122.

14. NAVES & SÁ, op. cit., p. 124.

médico entendesse ser o mais adequado para ele, especialmente, caso a consequência da escolha do paciente resultasse em sua iminente morte. Nesse caso, em razão do conflito de visões de vida boa, respaldado no juramento que fez e no princípio da beneficência – que preceitua o dever de fazer o bem –, o médico poderia entender que há inexistência de capacidade do paciente para entender e avaliar os riscos e as prováveis consequências e, assim, a autonomia do paciente não seria respeitada.

Naves e Sá¹⁵ apresentam, ainda, outra teoria de avaliação da competência, elaboradas por Drane e Buchanan & Brock, que propõem, além dos dois critérios apontados na teoria anterior – avaliar e entender –, a necessidade de avaliação de um terceiro critério: o da racionalidade. Esse terceiro critério seria um “modelo de escala ajustável”, na medida em que propõe uma avaliação gradativa da racionalidade do paciente para a tomada de decisões em três níveis, que seriam da seguinte maneira:

Nível um – Situação Médica: tratamento não-perigoso; alto benefício, baixo risco; alternativas de tratamentos ilimitadas.

Padrão de Competência: o paciente deve estar ‘ciente’ de sua situação médica e concordar com o tratamento, porém não necessita passar por testes de compreensão.

Nível dois – Situação Médica: diagnóstico duvidoso; ou de diagnóstico certo, porém sendo em tratamento algo perigoso ou até mesmo ineficaz; ou existem tratamentos alternativos; ou nenhum tratamento é alternativo.

Padrão de Competência: o paciente deve entender os riscos e consequências das diferentes opções e estar em condições de tomar uma decisão baseada na sua compreensão.

Nível três – Situação Médica: a decisão do paciente é ‘perigosa’; ela é ‘contrária’ à ‘racionalidade pública e profissional’; é ‘irracional e há provável risco de morte’.

Padrão de Competência: o paciente ‘deve estar em condições de dar razões para sua decisão que mostrem que ele cogitou os fatos médicos e relacionou essa informação com os seus valores pessoais. As razões pessoais do paciente não necessitam ser científicas ou publicamente aceitas, porém também não podem ser exclusivamente privadas ou idiossincrásicas’.¹⁶

Ressaltam os autores¹⁷ um posicionamento do qual se compartilha no presente estudo: ainda no caso desse segundo modelo proposto, a preservação da autonomia do paciente estaria condicionada à inexistência de risco de morte, que pressuporia a existência de irracionalidade.

Chegar a um modelo adequado de aferição de competência do paciente que seja aplicável na prática é um desafio. Eis a razão primordial pela qual se defende a necessidade do respeito à autonomia do paciente com base na aferição de competência e baseado nos seguintes paradigmas, sintetizados por Naves e Sá, nas seguintes palavras:

15. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 124.

16. DRANE E BUCHANAN & BROCK apud NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 124.

17. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 124.

(i) Não mais é possível transferir para o médico toda e qualquer escolha de tratamento médico. O paciente deve ser ouvido e informado e sua decisão precisa ser respeitada, ainda que não seja contrária à vontade do profissional; (ii) não cabe ao médico impor sua construção de vida boa ao paciente. Cada pessoa é dotada de valores morais que lhes são próprios; (iii) a competência precisa ser respeitada e utilizada na relação médico-paciente tendo em vista que o regime das capacidades do Código Civil se mostra insuficiente para regular situações dessa natureza.¹⁸

Ademais, conforme salienta Maria Celina:

Na legalidade constitucional, a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não-patrimonial. Assim é justamente porque o legislador democrático, também no Brasil, tem perfeita noção de que a vida, para ser digna (CF, art. 1º, III), precisa, intrinsecamente, da mais ampla liberdade possível no que toca às questões não-patrimoniais. No que tange às questões pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento –, considera-se haver uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Significa dizer que as ações humanas que envolvem escolha de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional.¹⁹

Tomando por base tais considerações, brevemente, explanar-se-á sobre a Resolução CFM n.º 2.232/2019, especialmente, os pontos que têm relação direta com a temática do presente artigo.

4. A RESOLUÇÃO N.º 2.232/2019 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina publicou, na data de 16 de setembro de 2019, a Resolução n.º 2.232/2019, que tinha por objetivo estabelecer normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

As considerações feitas para a elaboração da referida Resolução são a dignidade da pessoa humana, eleita na Constituição Federal (CF) como um dos fundamentos da República; e o §3º do art. 146 do Código Penal (CP), Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que exclui a tipicidade da conduta nos casos de intervenção médica sem o consentimento do paciente, se justificada por iminente perigo de morte. A elaboração da referida Resolução considera, ainda, o disposto no Código Civil em relação à capacidade civil, à autonomia do paciente e ao abuso de direito; no Estatuto da Criança

18. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 124.

19. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.190.

e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990; na Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001, que assegura direitos e proteção a pessoas com transtorno mental e autoriza sua internação e seu tratamento involuntários ou compulsórios; nas disposições do Código de Ética Médica em relação aos direitos e aos deveres dos médicos e à autonomia dos pacientes; na Resolução CFM n.º 1.995, de 09 de agosto de 2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade; e, por fim, que os Conselhos de Medicina são, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo a eles zelar e trabalhar, com todos os meios a seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina, pelo prestígio e pelo bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente, e fazer cumprir a decisão da sessão plenária do CFM, realizada no dia 17 de julho de 2019.²⁰

A Resolução n.º 2.232, objeto do presente estudo, revogou a Resolução CFM n.º 1.021²¹, de 26 de setembro de 1980, que dispunha especificamente sobre a recusa terapêutica por pacientes adeptos da crença Testemunha de Jeová²², e passou a disciplinar, de maneira geral, como deve o profissional médico se portar diante da recusa terapêutica de seus pacientes ou de seus representantes quaisquer sejam suas razões.

Cumprir esclarecer, desde já, que diversos são os pontos passíveis de questionamentos na referida Resolução, diante da existência de alguns aspectos melindrosos. Entretanto, todos os esforços, despendidos no presente trabalho, dizem respeito à problemática instaurada pelo seu art. 11, sinalizada anteriormente no art. 2º, especialmente, no que se trata da recusa terapêutica em casos de urgência e de emergência.

Em uma tentativa de regulamentar a postura profissional do médico diante da recusa terapêutica, o Conselho Federal de Medicina edita a Resolução n.º 2.232/2019, dispondo, logo em seu art. 1º, que a recusa terapêutica é um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe os riscos e as consequências previsíveis de sua decisão.²³

A leitura inicial da referida Resolução faz surgir nos defensores da autonomia do paciente para a recusa terapêutica certa esperança, motivada pelo avanço, que significaria esse reconhecimento, não fossem as exceções que seguiriam o referido dispositivo.

Prosseguindo com a leitura, logo no art. 2º está sinalizada a primeira problemática que importa ao presente artigo: a Resolução prevê que é assegurado ao paciente maior de

20. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 2.232/2019**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

21. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 1.021/1980**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1980/1021>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

22. O caso da recusa terapêutica das pessoas que professam a crença Testemunha de Jeová é, sem dúvidas, o caso mais emblemático quando se refere aos estudos sobre autonomia do paciente e recusa terapêutica. Os adeptos desta fé entendem existir uma razão de cunho religioso que as impede de realizar transfusão sanguínea, sendo frequentes as ações judiciais de pedidos de autorização de transfusão contra a vontade do paciente. A resolução n.º 1.021/1980 estipulava, dentre outras medidas, que, em caso de iminente perigo de "vida" o médico não deveria deixar de praticar a transfusão sanguínea mesmo diante da recusa do paciente ou de seus responsáveis.

23. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n.º 2.232/2019**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo (art.2º, *caput*). Nesse ponto, a referida Resolução, apesar de reconhecer como um direito do paciente a recusa terapêutica do paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, limita, por exclusão, que esse direito seja assegurado apenas em casos de tratamento eletivo, excluindo-se, por omissão, os casos de urgência e de emergência.

No entanto, tal questão encontrou regulamentação expressa no art. 11 que preceitua que “em situações de urgência e emergência que caracterizarem perigo de morte, o médico deverá adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica”.²⁴

Acerca de tal previsão, o relator da Resolução, Mauro Luiz de Britto Ribeiro, na exposição de motivos, dispõe sobre as razões da existência de tal previsão, que valem a pena, aqui, destacar em sua literalidade:

A Resolução determina, ainda, que em situações de urgência e emergência que caracterizem iminente perigo de morte o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica, o que não significa um retorno ao paternalismo médico. A exceção ao consentimento livre e esclarecido, nesses casos, foi preservada em nome dos valores da nossa sociedade e da tradição ética da Medicina brasileira, cabendo destacar que a mesma ressalva foi feita na decisão pioneira do Juiz Benjamin Cardozo. A intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de morte (Código Penal, art. 146, § 3º, I), não caracterizando constrangimento ilegal, enquanto não o assistir tipifica omissão de socorro.²⁵

A decisão, mencionada no trecho destacado, de autoria do Juiz Benjamin Cardozo, foi proferida em um caso que inaugurou as discussões a respeito da necessidade de consentimento do paciente para a realização de procedimentos médicos.

O caso decidido dizia respeito a uma paciente, Sra. Schloendorff, que foi internada em um hospital de Nova Iorque, no ano de 1911, com fortes dores abdominais. O médico que a atendeu solicitou sua autorização para realizar uma laparotomia exploratória²⁶, tendo ela concedido autorização, frisando que a autorização seria somente para fins diagnósticos e que, portanto, qualquer outra medida terapêutica deveria ser apresentada a ela com antecedência.²⁷

24. Idem, 2019.

25. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 2.232/2019. **Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

26. Laparotomia exploratória é um procedimento cirúrgico que consiste na abertura cirúrgica da cavidade abdominal com o objetivo de defini o diagnóstico. (TAZIMA, Maria de Fátima G S. VICENTE, Yvone A Morais V de Andrade. MORIYA, Takachi. **Laparotomia.** Revista de Medicina da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, 2011;44(1). p. 33-38. Disponível em: <http://revista.fmrp.usp.br/2011/vol44n1/Simp3_Laparotomia.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

27. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Caso Schloendorff.** Atualizado em 29 de julho de 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Ao realizar o procedimento, o médico constatou que a Sra. Schloendorff estava com um tumor abdominal encapsulado e realizou a retirada do tumor, mesmo diante da limitação expressa da paciente ao diagnóstico, justificando que estaria diante de condições favoráveis à retirada do tumor com sucesso.²⁸

Insatisfeita com a violação de sua autonomia, a paciente levou o caso à justiça e, no ano de 1914, o juiz Benjamin Cardozo estabeleceu na sentença o direito primordial do paciente de decidir sobre o seu próprio corpo. Nos termos citados na Resolução:

Todo ser humano adulto, no gozo de suas faculdades mentais, tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu corpo; o cirurgião que realizar uma operação sem o consentimento do paciente comete uma violência pela qual será responsabilizado (Pratt v. Davis, 224 Ill. 300; Mohr v. Williams, 95 Minn. 261), salvo nos casos de emergência, quando o paciente estiver inconsciente, e quando for necessário operá-lo sem tempo hábil para se obter o consentimento.²⁹

Diante de todo o exposto, esclarecidos os pontos necessários para prosseguir na análise proposta, pode-se concluir que o Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução em questão, concede um permissivo aos médicos para que desconsiderem a manifestação de recusa terapêutica do paciente em qualquer caso de urgência e de emergência, não havendo outras ressalvas nesse ponto.

Partindo dessa conclusão, é que se passará, no tópico adiante, a analisar-se a autonomia privada frente às limitações impostas pelos artigos da Resolução em análise, avaliando-se, especialmente, sob a ótica das justificativas apresentadas na exposição de motivos.

5. AUTONOMIA DO PACIENTE À LUZ DO ART. 11 DA RESOLUÇÃO N.º 2.232/2019 DO CFM

Apresentados os elementos indispensáveis à construção do presente artigo, chega-se, enfim, à efetiva análise da conjuntura apresentada.

À luz do art. 11 da Resolução n.º 2.232/2019 do CFM, não restam dúvidas sobre a possibilidade do médico desconsiderar a manifestação da recusa terapêutica de seu paciente em casos de urgência e de emergência que caracterizem iminente perigo de morte.

Em primeiro lugar, é imprescindível ressaltar que, em ambos os casos – de urgência e de emergência –, existe perigo de morte. O que os diferencia, segundo Armelle Giglio-Jacquemot, é a iminência do risco. Segundo o autor:

28. Idem, 2000.

29. Idem, 2000.

O critério fundamental de distinção apontado entre emergência e urgência, e o que não é nem emergente nem urgente, é o risco de vida, avaliado na base do perigo que ameaça a manutenção das funções ditas vitais: no caso de uma emergência, o risco de vida é 'iminente'; no caso de uma urgência, o risco existe, mas não é 'iminente'.³⁰

Tecnicamente, portanto, conclui-se que a ressalva feita no art. 11 da Resolução n.º 2.232, de sua aplicabilidade nos casos em que se caracterizem iminente perigo de morte, excluiria os casos de urgência, pois o perigo de morte neles não seria iminente.

Avaliando pormenorizadamente o artigo em análise, atesta-se, conforme dito acima, que a ressalva inserida no texto não se apresenta suficiente para concluir que exista ausência de competência para o exercício da recusa terapêutica. Pelos conceitos de urgência e de emergência acima descritos, pode-se afirmar que inexistem mesmo restrições à aplicação de tal norma, pois basta que o paciente esteja em situação de emergência – que por si só pressupõe a existência de risco iminente de morte – ou de urgência – que, apesar de não ser iminente, também carrega em si o risco de morte –, para que o médico possa desconsiderar a recusa terapêutica manifestada pelo paciente. Em outros dizeres: o direito à recusa terapêutica do paciente termina no momento em que o paciente se encontra em situação de urgência ou de emergência.

Essa inexistência de ressalvas representa, à luz de todo o exposto, flagrante violação à autonomia privada e ao direito do paciente de se recusar a se submeter à determinada terapêutica. Assim, retorna-se ao ponto inicial: a inexistência de coincidência entre a opção que o médico entende como sendo a melhor para o paciente e a vontade manifestada pelo paciente resulta na supressão da autonomia deste, o que não se pode admitir quando se tem, como pano de fundo, um ordenamento jurídico que apresenta a dignidade da pessoa humana como princípio essencial, basilar de toda e qualquer construção normativa.

Apesar da Resolução apresentar, nas considerações iniciais, o fundamento na dignidade da pessoa humana, conclui-se que não há respeito a ela na determinação inculpada em seu art. 11. Em que pese a exposição de motivos afirmar a inexistência de retorno ao paternalismo médico no art. 11, o teor do mencionado artigo é totalmente incompatível com uma postura não paternalista.

Segundo Daniel Romero Muñoz e Paulo Antônio Carvalho Fortes, o paternalismo pode ser conceituado como:

a interferência do profissional de saúde sobre a vontade de pessoa autônoma, mediante ação justificada por razões referidas, exclusivamente, ao bem-estar, alegria, necessidades, interesses ou valores da pessoa que está sendo tratada. (...)

30. GIGLIO-JACQUEMOT, A. Definições de urgência e emergência: critérios e limitações. In: Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. **Antropologia e Saúde collection**, pp. 15-26. ISBN 978-85-7541-378-4. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/zt4fg/pdf/giglio-9788575413784-02.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

As condutas paternalistas na prática médica originam-se dos fundamentos hipocráticos, para quem o médico deveria aplicar “os regimes para o bem dos doentes, segundo seu saber e razão(...)”, não concedendo lugar à autonomia da pessoa que tratava.³¹

Dessa forma, não há como concluir de outra maneira senão que há a adoção de uma conduta intrinsecamente arraigada no paternalismo médico, pela disposição do referido art. 11 da Resolução.

Ainda outras incompatibilidades são perceptíveis, tais como afirmar, na exposição de motivos, que a conduta expressa no art. 11 encontra compatibilidade com o que foi decidido pelo juiz Benjamin Cardozo, se, no trecho apontado no próprio texto, no qual o juiz ressalva que a autonomia do paciente poderia ser suprimida apenas nos casos em que “o paciente estiver inconsciente, e, quando for necessário, operá-lo sem tempo hábil para obter esse consentimento”.³²

Entretanto, nada causa mais estranhamento do que a justificativa apresentada para a supressão da autonomia do paciente – sem nenhuma ressalva, tal como fora feito pela Resolução –, que se deu em nome dos valores da sociedade e da tradição ética da medicina brasileira. Isso, porque a concepção de vida boa é extremamente particular a cada indivíduo e, portanto, em um mesmo contexto social, a realização da dignidade humana pode variar de acordo com a perspectiva de cada pessoa, especialmente nas questões que envolvem a autonomia privada.

Por essa razão, não se entende como legítima a restrição da autonomia privada do paciente em nome dos valores individuais de terceiros – médicos – ou mesmo por valores sociais, principalmente, quando a decisão implicaria riscos apenas para o paciente. Lado outro, nada mais retrógrado e incompatível com o estado democrático de direito do que justificar a supressão da autonomia privada na “tradição ética da Medicina brasileira”.

Não se pretende defender o exercício de uma autonomia ilimitada. Antes, como o próprio termo adotado pressupõe, a autonomia privada deve ser exercida em conformidade com o ordenamento jurídico. Entretanto, não se entende como aceitável que uma pessoa civilmente capaz, lúcida, consciente e orientada tenha sua autonomia suprimida, como se a urgência ou a emergência implicassem necessariamente a perda da competência.

31. MUÑOZ, Daniel Romero. FORTES, Paulo Antônio Carvalho. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido**. In: Iniciação à bioética. Org.: Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka, Volnei Garrafa. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

32. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Exposição de Motivos da Resolução CFM n.º 2.232/2019**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Para muitos profissionais da área da saúde, a escolha que levaria à morte é tida como uma opção inaceitável e não é necessário ser médico para entender que a recusa terapêutica do paciente, em casos de urgência ou de emergência, representará um agravamento do risco de morte para o paciente. Entretanto, o dever, assumido pelo médico através do Juramento de Hipócrates, de salvar vidas não pode se sobrepor à vontade do paciente em nenhuma hipótese em que este, gozando de plena capacidade civil e competência, manifeste sua recusa de forma consciente e lúcida e estando devidamente orientado quanto aos riscos e às consequências aos quais está se submetendo ao tomar aquela decisão. Nem mesmo se estiver em estado de iminente perigo de morte.

Nada obsta que o paciente tenha ponderado anteriormente sobre tal circunstância e, conscientemente, mantenha tal posicionamento no momento em que se vê em iminente perigo de morte. Ou mesmo que, no momento da urgência ou da emergência, ele opte pela recusa a se submeter a determinado procedimento mediante a informação que lhe fora passada sobre os riscos e as consequências.

O fato de estar em situação de urgência ou de emergência não necessariamente implica a perda da competência para a tomada de decisão. Antes, ela deve ser avaliada no caso concreto, mediante a análise das condições psíquicas do paciente de entender e de avaliar a situação. E, aqui, divergindo das fórmulas teóricas apresentadas, defende-se que, sendo possível, seja realizada essa análise mesmo em situação de urgência ou de emergência e havendo perigo de morte.

Nos casos em que se constata que o paciente está com sua autonomia comprometida, se o paciente não puder se manifestar ou se não houver tempo hábil para estabelecer essa relação dialógica, sob pena de levar à morte, concorda-se que, não havendo diretivas antecipadas de vontade, o médico deve agir no intuito de preservar a vida e a saúde do paciente. Entretanto, nas circunstâncias em que não existam tais situações limítrofes, ainda que se trate de urgência ou de emergência, manifestando o paciente a recusa a qualquer terapêutica proposta, sua vontade deve ser respeitada.

A taxatividade do art. 11 da Resolução n.º 2.232/2019 restringe a autonomia do paciente em toda e qualquer circunstância e autoriza o profissional médico a desrespeitar qualquer manifestação de recusa terapêutica existente nessas circunstâncias.

É compreensível que grande parte das pessoas opte, em um momento de urgência e de emergência, pela manutenção de sua própria vida a todo e qualquer custo e sequer cogitem a hipótese de recusar a terapêutica proposta pelo médico. Entretanto, a relação médico-paciente deve ser uma relação individualizada e personalíssima, de modo que a

aceitação, ainda que pela maioria das pessoas, de toda e qualquer terapêutica não pode significar o desrespeito à autonomia daqueles que, conscientemente, optem pela recusa, pois nada é mais individual do que o conceito de vida ou de morte boa de uma pessoa.

A proposta da autonomia privada no ambiente hospitalar é audaciosa e demanda muito mais do que simplesmente a aceitação da vontade manifestada pelo paciente. Demanda, dentre outras medidas, uma capacitação dos profissionais médicos que ultrapasse o dever de salvar vidas e os leve à compreensão de que, ali, seu papel vai além da aplicação da melhor técnica com o objetivo de promover a saúde e a vida, atingindo o entendimento de que seu conceito pessoal de vida boa, construído a partir de suas experiências e convívios pessoais, não pode ser imposto aos seus pacientes. O estado de vulnerabilidade do paciente no ambiente hospitalar não pode significar sua submissão aos valores morais de terceiros, que foram construídos sob outras perspectivas.

Com base na dignidade da pessoa humana, na autonomia privada e no direito à recusa terapêutica, não pode existir óbice ao paciente que, em gozo de sua capacidade civil, lúcido, consciente e orientado, negar-se a ser submetido à terapêutica proposta, mesmo diante de iminente perigo de morte.

O direito à recusa terapêutica é um dos maiores – senão o maior – pilares da construção de uma relação médico-paciente horizontalizada, que respeita a autonomia do paciente, qualquer que seja a sua decisão. A não-coincidência da opinião médica e da vontade manifestada pelo paciente sobre o que ambos entendem ser o melhor naquela determinada situação não pode implicar a anulabilidade da autonomia do paciente, quando ele pode expressá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/3dpmjFf>>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. **Lei n.º 13.146**, de 06 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Exposição de Motivos da Resolução CFM n.º 2.232/2019**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. **Resolução n.º 2.217**, de 27 de setembro de 2018. Código de Ética Médica. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/imagens/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. **Resolução CFM n.º 1.021**, de 26 de setembro de 1980. Adota os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1980/1021>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. **Resolução CFM n.º 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

_____. **Resolução CFM n.º 2.232**, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

GIGLIO-JACQUEMOT, A. Definições de urgência e emergência: critérios e limitações. In: Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. **Antropologia e Saúde collection**, pp. 15-26. ISBN 978-85-7541-378-4. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/zt4fg/pdf/giglio-9788575413784-02.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MUÑOZ, Daniel Romero. FORTES, Paulo Antônio Carvalho. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido**. In: Iniciação à bioética. Org.: Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka, Volnei Garrafa. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

TAZIMA, Maria de Fátima G S. VICENTE, Yvone A Morais V de Andrade. MORIYA, Takachi. **Laparotomia**. Revista de Medicina da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, 2011;44(1). p. 33-38. Disponível em: <http://revista.fmrp.usp.br/2011/vol44n1/Simp3_Laparotomia.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Caso Schloendorff**. Texto atualizado em 29 de julho de 2000. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

DESAFIOS TECNOLÓGICOS: A SAÚDE DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE LABORAL

TECHNOLOGICAL CHALLENGES: WORKER'S HEALTH AND THE WORK ENVIRONMENT

Roberto Cardoso Hasbeni¹

Rui Fernando Braga Alves²

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito fundamental à saúde: breves considerações. 3. Tecnologia e inovação: avanços na área da saúde. 4. Desafios tecnológicos: meio ambiente laboral e a saúde do trabalhador. 5. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: Diversos desafios surgiram neste cenário de novas tecnologias e inovações, tais como carros sem motoristas, novos materiais e tecnologias vestíveis. As mudanças tecnológicas terão de ser enfrentadas por diversas áreas. A análise se inicia com breve panorama conceitual sobre os direitos fundamentais e, mais especificamente, o direito à saúde. Partindo do geral para o particular, este artigo pretende indicar impactos do avanço tecnológico na saúde do trabalhador e no meio ambiente laboral, com enfoque na garantia efetiva de condições dignas de trabalho.

Palavras-chave: Avanço tecnológico. Saúde. Meio ambiente. Trabalho.

Abstract: Several challenges arisen in this scenario of recent technologies and innovations, such as driverless cars, new materials and wearable technologies. Technological changes will have to be faced by several areas. The analysis begins with a brief conceptual overview of fundamental rights and, more specifically, the right to health. Moving from general to the particular, this article aims to indicate the impacts of technological advances on workers' health and the work environment, with a focus on effectively guaranteeing dignified working conditions.

Keywords: Technological progress. Health. Environment. Job.

1. Aluno do 4º ano do Curso de Direito na Instituição Toledo de Ensino (ITE). E-mail: robertohasbeni.1@gmail.com
2. Advogado inscrito na OAB SP 358.500. Pós-graduado em Direito Constitucional. E-mail: rui_adv26@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

As novas tecnologias existentes no mundo atual podem ser segmentadas em três grandes categorias: física, digital e biológica. Esse cenário de tecnologias trouxe transformações na vida e no cotidiano das pessoas: são vários os desafios tecnológicos enfrentados nas áreas da saúde e do meio ambiente, no qual se insere, em sentido estrito, o ambiente laboral.

Os impactos no campo da ergonomia e, de modo mais amplo, nas áreas da segurança, da higiene e da medicina do trabalho são facilmente percebidos nesse contexto de ampliação de tecnologias. Fiscalização das condições locais de labor dos teletrabalhadores, novos conhecimentos relativos ao trabalho e diversos fatores ligados à tecnologia e à inovação podem favorecer e ampliar a cognição humana, mas, ao mesmo tempo, trazer novos desafios.

Para ilustrar: se, por um lado, o teletrabalho trouxe conforto na prestação do labor na própria casa (home office) – algo que poupa o trabalhador do deslocamento de sua residência ao local de trabalho e vice-versa –, por outro lado deixou desafios relacionados à utilização do tempo.

Entre benefícios e desafios surge a questão: como o meio ambiente de trabalho e a saúde do trabalhador serão atingidos?

O presente artigo buscou traçar considerações sobre a saúde do trabalhador e o meio ambiente laboral frente ao cenário de ampliação das tecnologias e das inovações. Partindo do geral para o particular, foram apresentadas algumas ponderações iniciais sobre os direitos fundamentais, mais especificamente, o direito à saúde.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes de adentrar, especificamente, o direito à saúde, faz-se necessário esboçar algumas considerações sobre os direitos fundamentais, que, segundo Rothenburg (2014, p. 42), “correspondem aos valores mais importantes para a realização do ser humano, que se traduzem nas principais normas jurídicas da comunidade”.

Os direitos fundamentais “constituem a base do ordenamento jurídico, tanto em um sentido axiológico – porque representam os valores mais importantes – quanto em um sentido lógico –, pois a compreensão do conjunto de normas jurídicas orienta-se por eles”. Essa característica – da fundamentalidade – pode ser identificada através dos critérios material e formal: de um lado, pelo conteúdo dos direitos fundamentais; do outro, pela qualidade normativa. (ROTHENBURG, 2014, p. 3)

É possível mencionar, aliás, as “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais. “Trata-se de uma classificação que se nutre de diversos critérios, mas em que prepondera a perspectiva histórica, ou seja, uma suposta evolução cronológica dos direitos fundamentais”, explica Rothenburg (2014, p. 63). Entretanto, Rothenburg (2014, p. 65) esclarece que “o termo ‘dimensões’ expressa melhor o caráter complexo dos direitos fundamentais em relação a seu conteúdo e a seu desenvolvimento histórico”.

O direito à saúde, objeto de análise do presente tópico, insere-se na noção de direitos fundamentais de segunda geração: a reivindicação, nesse aspecto, refere-se sobretudo aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nas palavras de Rothenburg (2014, p. 65):

o desenvolvimento econômico, sobretudo a partir da industrialização, fez emergir a reivindicação por direitos orientados pela ideia de igualdade e que têm por titulares os seres humanos, porém num contexto de vicissitudes concretas, reais (pessoas ‘de carne e osso’), e frequentemente em perspectiva coletiva (grupos). A reivindicação refere-se sobretudo a questões econômicas, especialmente às relações trabalhistas (limitação de jornada, férias, greve...), previdenciários, à saúde e à educação.

Na visão de José Afonso da Silva (2001, p. 289), os direitos sociais são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Os direitos sociais podem ser agrupados em seis classes – não se trata de classificação rígida –, com base nos arts. 6º ao 11 da Constituição Federal de 1988 (CF). Tem-se a classificação em direitos sociais relativos: (a) ao trabalhador, (b) à seguridade – “compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social” –; (c) à educação e à cultura; (d) à moradia; (e) à família, criança, adolescente e idoso; (f) ao meio ambiente. (SILVA, 2001, p. 290).

Como direito social do ser humano na posição de consumidor, o direito à saúde se insere no conceito de direitos sociais relativos à seguridade, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde, à previdência e à assistência social*” (grifos do original). Direito de todos e dever do Estado: assim, a saúde é concebida. É dever do Estado garanti-la “mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos”, consoante dispõe Silva (2001, p. 808).

Observa Rocha (apud TAVARES, 2012, p. 854) que:

a conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Oportuno mencionar que a saúde e o bem-estar estão entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Agenda 2030, coordenada pela ONU (Organização das Nações Unidas) por meio do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Nota-se, inclusive, a institucionalização dos Objetivos no Supremo Tribunal Federal (STF). (STF, 2022)

Pode-se concluir, portanto, que o direito à saúde se insere no campo dos direitos sociais relativos à seguridade: trata-se do direito fundamental que, além de ser um direito de todos, constitui-se em um dever do Estado.

Feitas essas breves considerações, partindo da compreensão da saúde como direito social fundamental, passa-se ao campo da tecnologia e das inovações na área da saúde.

3. TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: AVANÇOS NA ÁREA DA SAÚDE

A saúde foi alcançada pela tecnologia: a Quarta Revolução Industrial trouxe impactos significativos em diversas áreas, como a descoberta de novos materiais e inovações na área da robótica e da biologia. Algumas profissões estão mais propensas à automação, enquanto outras não estão tão sujeitas a esse fenômeno. Entre as menos propensas, estão as de assistentes sociais de abuso de substâncias e saúde mental, médicos, cirurgiões, psicólogos e gerentes de recursos humanos. Um fato interessante é que, de algum modo, essas profissões estão relacionadas à promoção da saúde e do bem-estar das pessoas. (SCHWAB, 2016).

A seleção das principais tecnologias, feita por Schwab (2016, p. 23), baseou-se na pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial (FEM) e no trabalho de diversos Conselhos da Agenda Global do Fórum. A lista organizada por Schwab foi dividida em três categorias: física, digital e biológica e “todas as três estão profundamente inter-relacionadas e as tecnologias beneficiam-se umas das outras com base em descobertas e progressos realizados por cada uma delas”.

De fato, parece mais fácil identificar as manifestações físicas das megatendências:

veículos autônomos, impressão 3D, robótica avançadas e novos materiais. É possível citar como exemplos “os modernos nanomateriais como o grafeno, que é cerca de 200 vezes mais forte que o aço, milhões de vezes mais fino que um cabelo humano e um eficiente condutor de calor e eletricidade”. (SCHWAB, 2016, p. 26)

Por outro lado, perceber a categoria digital não é tarefa impossível. São formas de manifestação da categoria digital: a internet das coisas (IoT), o monitoramento remoto através de sensores, os dispositivos conectados à internet, as plataformas tecnológicas de economia sob demanda (ou economia compartilhada) e o blockchain – “livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável” –, que futuramente servirá para registrar “quaisquer tipos de transação que podem ser transformadas em código”. (SCHWAB, 2016, p. 27 e 28)

Quanto à última categoria, acredita Schwab (2016, p. 31) que “os maiores desafios em relação ao desenvolvimento de normas sociais e regulamentação adequadas estão no domínio biológico”. Para citar uma das manifestações no campo da biologia, pesquisadores “começaram a reescrever os genomas dos porcos para que tenham órgãos adequados para o transplante humano”.

Outro aspecto importante se apresenta: a estratégia central da atividade médica do século XXI é a prevenção. Inclusive, testes genéticos “podem ser realizados para detectar se o paciente possui predisposição para desenvolver determinados tipos de doença ao longo da vida”, algo que permite o “mapeamento mais robusto de seu perfil e exames preventivos direcionados”. (PERELMUTER, 2019, p. 82)

Dentre todas as possibilidades embutidas nos avanços tecnológicos que o mundo seguirá presenciando poucas superam, em termos de benefícios para humanidade, os avanços ligados às áreas de Ciência da Vida, como a biotecnologia, a epidemiologia e a medicina. (PERELMUTER, 2019, p. 82)

É a partir desse pano de fundo delineado, abrangendo o direito fundamental à saúde e os avanços tecnológicos, que passam a ser expostos alguns dos desafios enfrentados pelos trabalhadores no meio ambiente laboral frente às novas tecnologias.

4. DESAFIOS TECNOLÓGICOS: MEIO AMBIENTE LABORAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Juntamente com os benefícios proporcionados pelo avanço tecnológico, convivem os desafios a serem enfrentados. Passa-se, portanto, à análise dos impactos do avanço tecnológico na saúde do trabalhador e no meio ambiente de trabalho.

Assim, Silva (2004, p. 820) registra que “a Constituição define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como *direito de todos* e lhe dá natureza de *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida” (grifos no original). Nesse sentido, impõe-se ao poder público e à coletividade “o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O meio ambiente global se constitui em vários ambientes de natureza restrita. Um deles: o meio ambiente do trabalho – compreendido como “o local onde o trabalhador, de fato, presta o seu serviço, geralmente onde a empresa encontra-se estabelecida”, consoante dispõe Cairo Jr. (2017, p. 993).

A proteção ao meio ambiente laboral abrange, de certo modo, a saúde e a vida do trabalhador: existe uma rede de exigências jurídicas que visam à proteção desses bens jurídicos. Os empregadores devem exigir e fiscalizar o cumprimento de normas de segurança e da medicina do trabalho por parte dos empregados, os quais, por sua vez, também devem observar determinadas exigências visando à proteção da própria saúde. (CAIRO JR., 2017)

Na reclamação RCL 49.516, a qual teve seguimento negado em decisão monocrática, a ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, trouxe conclusão que abordou aspectos como o respeito às normas relativas ao ambiente de trabalho, além de registrar que o direito a um ambiente laboral sadio é aplicável aos servidores públicos. (STF, 2021)

Deve ter ficado claro: a proteção ao meio ambiente de trabalho busca a manutenção da higidez do local em que o labor é prestado, evitando danos à saúde e à vida do trabalhador. (CAIRO JR., 2017)

Essa proteção pode, de um lado, receber o apoio das novas tecnologias e, ao mesmo tempo, ser por elas ameaçada. Cabe, portanto, analisar algumas aplicações da tecnologia no ambiente laboral.

Fato interessante, para dar início à breve exposição, é o crescimento do trabalho remoto em tempos de pandemia da covid-19. Desafios relacionados ao teletrabalho ganharam espaço: a fiscalização das condições ergonômicas, por exemplo. (CAÚLA; SANTANA, 2021)

A ergonomia “é um conjunto de ciências e tecnologias que procura a adaptação confortável e produtiva entre o ser humano e o seu trabalho, basicamente, procurando adaptar as condições de trabalho às características do ser humano” na definição de Couto (apud VILARTA et al., 2007, p.88).

Nesse sentido, seria possível pensar que a instrução preventiva e o compromisso do empregado em seguir as instruções (art. 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943) seriam as únicas medidas adotadas e que, aliás, estão previstas na legislação vigente. Todavia, apontam Caúla e Santana (2021) para outra necessidade relacionada aos deveres sociais da empresa: as empresas devem buscar, cautelosamente, assegurar condições adequadas para o desenvolvimento do teletrabalho.

A fiscalização virtual surge como opção menos invasiva. Ela poderia, de certo modo, ser utilizada para verificar questões ergonômicas relacionadas ao ambiente de trabalho, através, por exemplo, de fotos do local em que o teletrabalho é exercido, evidenciando a altura da mesa, as condições da cadeira utilizada, etc. (CAÚLA; SANTANA, 2021)

Além disso, as inovações tecnológicas não ocorrem exclusivamente no campo das habilidades físicas, mas estende-se, inclusive, às habilidades cognitivas: “as novas tecnologias não são somente ferramentas, equipamentos e máquinas, mas também conhecimentos, métodos e organização do trabalho”. (VILARTA et al., 2007, p. 95)

Em uma outra abordagem da aplicação de tecnologias como conhecimento e práticas, a ginástica laboral, praticada antes, durante e após a jornada de trabalho, traz vários benefícios: prevenção de lesões musculoesqueléticas; redução da fadiga física e psicológica; maior disposição para o trabalho; estímulo ao surgimento de lideranças; integração entre equipes; melhoria do clima organizacional; conhecimento em relação ao corpo humano; estímulo à prática de atividade física regular, entre outros. (VILARTA et al., 2007, p. 95)

Mas o ambiente e a fiscalização de aspectos ergonômicos são apenas uma parte dos desafios relativos ao teletrabalho – e, de modo mais amplo, relacionados ao próprio avanço tecnológico e às inovações.

Boissonnat (1998, p. 109), abordando a imprecisão do tempo de trabalho – fator que caracteriza a evolução da relação com o tempo –, explicou que “a unidade de tempo é cada vez menos a unidade de medida do trabalho”. Nesse sentido, “as fronteiras entre o tempo teoricamente destinado ao trabalho e os outros tempos, tempo de transporte, tempo de formação, tempo livre ou para uso pessoal, desaparecem”.

O desenvolvimento do trabalho a distância e dos *telesserviços* participa também dessa “deslocalização”. Essa nova relação com o tempo pode ter suas vantagens, as da autonomia, da reatividade; o reverso da medalha é o risco de uma maior sujeição. As metamorfoses do trabalho e, particularmente, do tempo de trabalho nos mandam assim à diversidade das percepções individuais e dos comportamentos sociais. (BOISSONNAT, 1998, p. 109)

Portanto, com base nesses apontamentos sobre o teletrabalho, nota-se que os benefícios trazidos por essa tecnologia contrastam com a dificuldade em distinguir o tempo destinado ao trabalho e aquele destinado às outras atividades ou até mesmo ao ócio, ao descanso e ao lazer. Essa situação particular demonstra que os desafios ganham novos rumos com a tecnologia: possibilidades que pareciam distantes no tempo começaram a ganhar espaço e presença no cotidiano das pessoas.

Para aprofundar a análise e identificar algumas tendências futuras relacionadas à tecnologia, vale mencionar a pesquisa realizada pelo Conselho da Agenda Global do Fórum Econômico Mundial sobre o futuro do software e da sociedade, com relatório publicado em 2015. (SCHWAB, 2016)

Schwab (2016), em sua análise, traça comentários e indica os pontos de inflexão e a porcentagem de entrevistados que esperam que o ponto de inflexão ocorra até o ano de 2025.

Marca-passos, dispositivos que possibilitam avaliar parâmetros de doenças, permitindo que “os indivíduos tomem medidas, enviem dados para centros de monitoramento ou liberem medicamentos automaticamente”, são tecnologias implantáveis, que têm como ponto de inflexão o primeiro telefone celular implantável e disponível comercialmente. Mais da metade dos entrevistados (82%) acreditam que o ponto de inflexão irá ocorrer até 2025. (SCHWAB, 2016, p. 116)

Quanto às tecnologias vestíveis, quase a totalidade dos entrevistados (91%) acreditam que, até 2025, 10% das pessoas terão suas roupas conectadas à internet. Relacionando ao campo do trabalho, uma empresa de pesquisa e consultoria estimou que haveria um aumento exponencial na comercialização de relógios inteligentes e outras pulseiras. (SCHWAB, 2016)

Carros sem motoristas: 79% dos entrevistados esperam que, até 2025, os carros sem motoristas cheguem a 10% da quantidade de automóveis em uso nos EUA. Entre os impactos positivos, estão o aumento da qualidade do tempo para concentração no trabalho ou o consumo de conteúdos nas mídias, efeitos sobre o meio ambiente, menos estresse e agressividade. (SCHWAB, 2016)

Quanto à mudança relativa à Inteligência Artificial (IA) e a tomada de decisões, um dos impactos positivos está relacionado aos avanços na ciência médica e à erradicação de doenças. (SCHWAB, 2016)

Essas são, portanto, algumas das várias mudanças tecnológicas. No geral, impactos positivos podem ser percebidos, bem como impactos negativos. Mas o grande objetivo seria colocar a dignidade humana como foco da tecnologia da inovação:

Assumamos, portanto, uma responsabilidade coletiva por um futuro em que a inovação e a tecnologia estão focadas na humanidade e na necessidade de servir ao interesse público, e estejamos certos de empregá-las para conduzir-nos para um desenvolvimento sustentável. (SCHWAB, 2016, p. 114)

Portanto, levando em consideração o cenário de mudanças tecnológicas, a conclusão mais aceitável aponta para a busca da efetivação da dignidade da pessoa humana. Assim, a consequência lógica da promoção da dignidade humana será a garantia de condições dignas para o exercício do trabalho – abrangendo, nesse sentido, a saúde e o meio ambiente laboral.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

Em suma, há a possibilidade de que as tecnologias sejam aplicadas e desenvolvidas com foco na dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, certamente a saúde e o bem-estar serão ampliados, inclusive para os trabalhadores – os quais terão seu meio ambiente de trabalho atingido, positiva e negativamente, pelas mudanças tecnológicas. Fica, portanto, a esperança de que as tecnologias sejam utilizadas como forma de promover a dignidade do trabalhador e de garantir que seu trabalho seja realizado em condições dignas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOISSONNAT, Jean. **Horizontes do Trabalho e do Emprego**. Traduzido por Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 29 nov. 2022.

CAÚLA, Cesar; SANTANA, Benick. A fiscalização das condições ergonômicas do teletrabalho. **Consultor Jurídico**, 19 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-19/caula-santana-fiscalizacao-condicoes-ergonomicas-teletrabalho>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

PERELMUTER, Guy. **Futuro Presente**. Jaguaré, SP: Companhia Editora Nacional, 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2001

STF: ambiente saudável e seguro é direito dos trabalhadores em qualquer regime jurídico. **ANAMATRA**, 20 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/31757-stf-ambiente-saudavel-e-seguro-e-direito-dos-trabalhadores-em-qualquer-regime-juridico>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

STF realiza nesta quinta (18) seminário sobre a Agenda 2030 nas Supremas Cortes do Mercosul. **STF**, 17 ago. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492494&ori=1>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

VILARTA, Roberto et al. **Qualidade de vida e novas tecnologias**. Campinas: Ipes Editorial, 2007. E-book.

SEGURANÇA NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS SOB A ÓTICA DA SENILIDADE

SAFETY IN PRESCRIPTION OF MEDICINES FROM THE PERSPECTIVE OF SENILITY

Alessandra Cristina Rodrigues Rabello¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções gerais sobre o contexto da prescrição de medicamentos no âmbito da senilidade. 3. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho analisa os efeitos da prescrição errônea de medicamentos em idosos. A temática se verifica imprescindível em virtude do envelhecimento global e acelerado da população, bem como a incidência de prescrições de medicamentos potencialmente inapropriados, que interagem com outros fatores e ocasionam eventos adversos que comprometem a qualidade de vida. Para tanto, utilizou-se referencial teórico a partir de buscas nas plataformas da Biblioteca Virtual em Saúde e SciELO. Foram selecionados cinco artigos a partir de revisões sistemáticas, dos quais três foram publicados nos anos de 2020 e 2021 e dois entre 2009 e 2013, tendo como base os descritores erro na prescrição de medicamentos, segurança dos pacientes idosos e efeitos prescrição errônea. Revela-se ser necessário um olhar mais acurado para essa população, cujo organismo sofre alterações significativas em função do processo natural de envelhecimento, que, somado a outros fatores, ocasionam eventos adversos, tais como quedas, riscos de acidente vascular cerebral e hipotermia, dentre outros. Dessa forma, evidenciou-se a importância de se buscar um olhar mais peculiar para a senilidade e se ofertaram sugestões para aumentar a segurança dos idosos, como acompanhamento efetivo; redução das prescrições nocivas, quando verificadas outras terapêuticas seguras; e treinamento de profissionais, como forma de se reduzir erros ao máximo possível, apresentando, assim, aspectos que viabilizam a busca por soluções urgentes.

Palavras-chave: Prescrição de medicamentos. Eventos adversos. Idosos. Segurança do paciente.

Abstract: The present work analyzes the effects of erroneous prescription of medicines in the elderly. The theme is essential due to the global and accelerated aging of the

1. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas pela Unimep (Universidade Metodista de Piracicaba). Mestranda em Gestão de Cuidados da Saúde pela MUST University, Flórida (EUA). Especialista em Direito Médico pela Faceres (Faculdade de Medicina em São José do Rio Preto). Especialista em Direito Previdenciário com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCDB (Universidade Católica Dom Bosco). E-mail: alessandrabello@gmail.com

population, as well as the incidence of potentially inappropriate medication prescriptions, which interact with other factors and cause adverse events that compromise the quality of life. For that, a theoretical framework was used based on searches on the platforms of the Virtual Health Library and SciELO. Five articles were selected from systematic reviews, of which three were published in the years 2020 and 2021 and two between 2009 and 2013, based on the descriptors error in medication prescription, safety of elderly patients and effects of erroneous prescription. It turns out that a more accurate look at this population is necessary, whose body undergoes significant changes due to the natural aging process, which, in addition to other factors, cause adverse events, such as falls, risks of stroke and hypothermia, among others. In this way, the importance of seeking a more peculiar look at senility was highlighted and suggestions were offered to increase the safety of the elderly, such as effective monitoring; reduction of harmful prescriptions, when other safe therapies are verified; and training professionals, as a way to reduce errors as much as possible, thus presenting aspects that make the search for urgent solutions feasible.

Keywords: Medication prescription. Adverse events. Seniors. Patient safety.

1. INTRODUÇÃO

É inegável que a população global está envelhecendo, cenário antes vislumbrado apenas em países de primeiro mundo e favorecido pelos avanços tecnológicos e inovações na ciência, cujas técnicas modernas retardam o envelhecimento precoce e previnem enfermidades, dentre outros fatores. Assim, há que ter um olhar mais desvelado para a crescente população idosa, pois é sabido que são extremamente vulneráveis em função das alterações orgânicas próprias da senilidade. Nesse contexto, ao falarmos em segurança do paciente, busca-se reduzir a probabilidade de danos a um mínimo considerado aceitável dentro das políticas de segurança, o que implica implementar processos seguros para prática da assistência à saúde. Nesse ínterim, verifica-se que os erros e os eventos adversos com medicação ocorrem com frequência e podem ocasionar danos fatais. Em virtude de todo o exposto, indaga-se: quais os efeitos da prescrição errônea de medicamentos em idosos?

Assim, a presente pesquisa almeja evidenciar os riscos a que está submetida a população idosa em virtude de prescrições equivocadas ou situações análogas e a necessidade de se buscar meios para mudar essa realidade. O objetivo é identificar evidências partindo de revisão bibliográfica, com ênfase nos efeitos da prescrição incorreta de medicamentos em idosos, bem como a incidência dos potencialmente inapropriados. Para esse propósito, foram utilizados artigos da Biblioteca Virtual em Saúde e da SciELO, selecionados a partir de descritores, como: erro na prescrição de medicamentos, segurança dos pacientes idosos

e efeitos prescrição errônea. Assim, o presente trabalho teve como metodologia a revisão bibliográfica com uma abordagem qualitativa, a partir de conteúdos de revisões sistemáticas de literatura e, como temática norteadora, a segurança da prescrição de medicamentos com fulcro na segurança dos idosos. Dos diversos artigos em idiomas distintos, foram incluídos e selecionados cinco em língua portuguesa, que datam de 2009, 2013, 2020 e 2021, conforme leitura de seus resumos e respectivas conclusões. Dessa forma, com base nos artigos selecionados, evidencia-se a relevância do tema, o que se faz com intuito de identificar as possíveis consequências de prescrição errônea de medicamentos e a incidência temerária dos medicamentos potencialmente inapropriados e de buscar melhorias para a segurança do paciente idoso.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTEXTO DA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DA SENILIDADE

São notórios todos os avanços tecnológicos na seara da saúde. No entanto, não é possível um ambiente com risco zero de danos decorrentes de falhas operacionais e/ou humanas. Conforme Pedreira et al. (2013, p.430), a segurança do paciente ecoa alarme global, evidenciado principalmente após a obra “Errar é Humano: Construindo um Sistema de Saúde mais Seguro” no ano de 1999, cujo estudo identificou a relação entre eventos adversos e índice de mortalidade anual, à época, com patamares maiores que os causados por acidentes automobilísticos, câncer de mama e Aids, por exemplo. Sendo que, em 2004, teve-se o lançamento pela Organização Mundial de Saúde do programa “Aliança Mundial para Segurança do Paciente”. Fatos que desencadearam a projeção e “o reconhecimento da segurança do paciente como necessidade e garantia da qualidade do atendimento” e, em “2013, o Ministério da Saúde e Anvisa lançam o Programa Nacional de Segurança do Paciente”, com o intuito de diminuir a ocorrência de eventos adversos em saúde, afirmando-se serem altas, contudo, em sua maioria, evitáveis.

Segundo Pedreira et al. (2013, p.430), entende-se por evento adverso “lesão não intencional que resultou em incapacidade temporária ou permanente e/ou prolongamento do tempo de permanência ou morte como consequência do cuidado prestado”. As constatações são temerárias, principalmente quando se parte do pressuposto de que são erros evitáveis. A incidência em idosos é verificada em diversos pontos da revisão sistemática quantitativa desses autores, supracitados, uma vez que identificaram eventos adversos que “resultaram em lesões permanentes ou contribuíram para o óbito”, citando como exemplo os ocorridos na Suécia, em sua maioria, com pessoas acima de 65 anos; na Colômbia, em pacientes hospitalizados, sendo preponderante nos idosos; bem como a incidência, no Canadá, com predomínio na população idosa. Nesse mesmo contexto da referida

pesquisa, evidenciam que no caso dos Estados Unidos, em relação aos eventos adversos (EA), constatou-se que “a idade de risco para EA foi acima de 62.1 anos, com elevação do risco após 76.3 anos”. Esses estudos, segundo Pedreira et al. (2013, p. 430) foram realizados também em unidades de terapia intensiva e ratificaram a incidência em determinada faixa etária, com predomínio na população acima de 61 anos, “correspondendo a 77, 7% dos pacientes envolvidos na pesquisa”, revelaram que esses eventos adversos não só culminaram em incapacidades, mas também em óbitos.

Conforme autores supracitados, o envelhecimento da população, tanto no Brasil quanto nos demais países da América Latina, ocorre de maneira vertiginosa e com insuficiência de recursos “humanos e materiais” para tal demanda. Afirmam que, no ano de “2025, haverá no mundo aproximadamente 1,2 bilhão de pessoas com mais de 60 anos e, até 2050, 2 bilhões, sendo que 80% nos países em desenvolvimento”. Destacam, na conjuntura referenciada acima, que esse crescimento vertiginoso está aliado a outros fatores e que os idosos necessitam de atenção peculiar em função das inúmeras mudanças em seu organismo, como a baixa imunidade, que aumenta a incidência de doenças. De acordo com Pedreira et al. (2013, p. 430), diante de “um processo agudo de doença ou estresse, geralmente o idoso tem menor capacidade fisiológica de superar as lesões, tornando-se mais vulnerável e frágil”. Além disso, nos dizeres de Pedreira et al. (2013, p. 432) foram constatados “erro com medicação, polifarmácia em idosos e associação com quedas, prescrição de medicamentos inapropriados” e destacadas “interações medicamentosas com uso de fármacos contraindicados e potencialmente perigosos”, pois se identificou a ocorrência de “bradicardia, hipotensão, retenção urinária e síndrome de desconforto respiratório agudo”, falhas até mesmo na administração de medicamentos. A pesquisa revelou estudos em regiões importantes do Brasil, como Sudeste, Nordeste e Sul. De acordo com Pedreira et al. (2013, p. 433), a região Sudeste “possui o maior número de idosos no Brasil, com destaque para o Estado de São Paulo”. Oportuno mencionar que, segundo Pedreira et al. (2013, p. 434), também constatou-se a prevalência de eventos adversos relacionados à medicação, tendo inúmeras causas em sua origem, como falhas comunicacionais, na preparação, nos rótulos, etc.

Verifica-se a necessidade de maior vigilância na assistência aos idosos, pois, em função das próprias alterações fisiológicas, como o processo natural do envelhecimento, observa-se, conforme Pedreira et al. (2013, p. 434), um “declínio das funções hepáticas e renal”, fatores que potencializam os riscos com medicação no ambiente de cuidados em saúde.

Nesses ambientes de cuidados em saúde, é possível constatar a incidência de iatrogenias. Conforme Santos e Ceolim (2009, p. 811), “iatrogenia provém do grego e se refere a qualquer alteração patológica provocada no paciente pela prática dos profissionais

da saúde, seja ela certa ou errada, justificada ou não, mas da qual resultam consequências prejudiciais para a saúde do paciente”. Relatam, ainda, que a sua gênese pode estar relacionada a inúmeros fatores, dentre os quais citam jornadas de trabalho exaustivas, desatenção, o próprio cansaço inerente à profissão, “negligência, imprudência, dificuldades para entender prescrições”. Afirmam, no contexto supracitado, que as que envolvem medicação são as mais comuns no âmbito da enfermagem, destacando-se: “omissão de doses, administração em concentração incorreta, aplicação em horários e vias impróprios, administração de medicamentos em pacientes trocados”. E não finda por aí, pois verifica-se, nos dizeres de Santos e Ceolim (2009, p. 811), a “aplicação de fármacos errados, decorrente de substituições indevidas ou de dúvidas na transcrição ou na interpretação da prescrição médica”, sem contar que a cultura punitiva das instituições obsta a transparência das notificações desses eventos, que impacta no índice de erros, uma vez que não relatam a realidade. Diante da subnotificação, constata-se a falta de parâmetros para a busca de ações educativas para os colaboradores para a diminuição desses eventos e para a segurança e a qualidade na prestação dos serviços.

De acordo com Santos e Ceolim (2009, p. 812), o resultado de suas pesquisas constatou que “a idade dos pacientes variou de 61,6 a 98,3 anos ($72,0 \pm 7,7$ anos, mediana 70,8) e o tempo médio de internação foi de 8,9 ($\pm 12,7$) dias, mediana de 5,0 dias, variando entre um e 92 dias”, sendo que o estudo contemplou a faixa etária variável de 61,6 a 98,3 anos, entre mulheres e homens e tempo médio de internação, conforme objetivo da pesquisa, e trouxe dados alarmantes e reflexões pertinentes, sendo que os prontuários analisados não continham detalhes sobre as espécies de iatrogenias ocorridas, em função dos aspectos já abordados anteriormente. “Em 100% dos prontuários, não foram relatadas medidas para a prevenção das iatrogenias de enfermagem ocorridas”, conforme Santos e Ceolim (2009, p. 813). Considerações bastante delicadas, uma vez que, o estudo referenciado por Santos e Ceolim (2009, p. 811), afirma que os idosos merecem olhar peculiar e não podem ser tratados “como qualquer outro paciente adulto, sem que se leve em consideração a singularidade do processo de senescência e de senilidade”, o que demonstra a necessidade de maior conscientização e compromete a busca por soluções adequadas. Ainda, pontuam que a preponderância dos eventos iatrogênicos na população idosa tende a se elevar, visto que “estas pessoas não estão recebendo um tratamento caracterizado para a sua idade” e, portanto, estão mais propensas aos erros dos profissionais da saúde, bem como constatam, no contexto supracitado, a inexistência de “enfermaria exclusiva para o atendimento aos pacientes idosos”. Ressalta-se, que o estudo dessas ilustres autoras, destacou as iatrogenias mais frequentes, sendo a “administração de medicação por via incorreta”, uma delas, não sendo observada sua incidência corriqueira nos prontuários selecionados, mesmo sendo considerado um evento frequente, o que reforça a ideia de subnotificação.

Infelizmente, a falta de notificações precisas em função de culturas punitivas agrava e mascara a problemática, o que compromete a identificação da frequência das falhas para uma gestão eficaz e a segurança do paciente. Conforme Santos e Ceolim (2009, p. 816), as anotações sobre eventos iatrogênicos nos prontuários careciam de detalhes e havia “várias imprecisões e lacunas”, não identificavam o profissional que cometeu as falhas e, por isso, estaria inserido na ocorrência; e apenas 34,6% relataram as medidas que foram implementadas para o seu tratamento. Outro fator alarmante é que todos os prontuários foram omissos em relação às medidas preventivas para se evitar novas incidências.

Verificou-se que a cultura punitiva não valoriza a educação e os treinamentos dos profissionais da saúde. As medidas apontadas por Santos e Ceolim (2009, p. 817), para reverter o quadro caótico, foram: “oferecer cursos que reforcem as técnicas corretas e protocolos que evitem iatrogenias”, evitando-se também as falhas no que tange às subnotificações; “criação de enfermaria voltada para o público idoso, para oferecer-lhe cuidados específicos”, uma vez que seu organismo demanda tratamento específico com resposta diversa, que não se compara ao organismo de um adulto; e a necessidade de equipes treinadas, pois, “se a equipe não for treinada para atender esse público conforme a resposta de seu organismo, iatrogenias podem ocorrer”.

Evidencia-se que, mesmo com direitos afirmados em leis e normativas, que balizam os cuidados em saúde, os idosos ainda se encontram em situação de extrema vulnerabilidade, não só por questões técnicas e fisiológicas, mas, sobretudo, pela falta de conscientização da importância de cuidados mais centrados e aprimorados no contexto da saúde.

Sendo oportuno destacar aspectos identificados a partir de estudo transversal, cujos dados foram pautados em “revisão retrospectiva dos prontuários de idosos” atendidos por médico geriatra, no qual se buscou analisar o “perfil farmacoterapêutico dos idosos atendidos em um Centro de Referência em Atenção à Saúde da Pessoa Idosa quanto ao uso de medicamentos potencialmente inapropriados”, segundo Aires et al. (2020, p. 1). Segundo referidos autores, a *polimedicação* é inerente à própria condição de envelhecer, pois tal fato implica no aparecimento de várias enfermidades, sendo que, “a utilização de medicamentos constitui uma das principais condutas terapêuticas para o controle das doenças e melhoria da expectativa e da qualidade de vida dos idosos”, de acordo com Aires et al. (2020, p. 2).

A pesquisa referenciada acima obteve os seguintes dados: “Nos Estados Unidos, em 2015, cerca de 90% dos idosos com mais de 65 anos utilizavam ao menos um medicamento”, enquanto, no Brasil, “em 2015, a prevalência de uso de mais de cinco medicamentos por idosos na atenção primária, caracterizando polifarmácia, foi de 18,1%”. Essa realidade

exige maior cautela na prescrição dos fármacos, que deve ser a mais racional possível, uma vez que se trata de público com alterações fisiológicas em decorrência natural do processo de envelhecimento, que implica, nos dizeres de Aires et al. (2020, p. 2), “a propensão de problemas relacionados a medicamentos”, bem como “danos associados, como confusão mental, quedas e declínio funcional”. Ainda alertam que os problemas relacionados a medicamentos em idosos “podem estar associados ao uso de Medicamentos Potencialmente Inapropriados (MPI), medicamentos para os quais o risco de ocorrência de eventos adversos supera os benefícios que podem oferecer”, mas salientam que não se trata de uma única definição, pois o medicamento também pode ser inapropriado “quando utilizado em doses excessivas ou por tempo prolongado, em combinação com outros medicamentos, quando ocorre duplicação de classes terapêuticas, interações fármaco-doença e subprescrição”. De acordo com Aires et al. (2020, p. 3), critérios específicos foram utilizados para que o medicamento se enquadrasse como apropriado ou não, em virtude de ser necessário cautela quanto ao uso de medicamentos potencialmente inapropriados no âmbito da senilidade, citam-se: “critérios implícitos (baseados no julgamento clínico) e explícitos (baseados no uso de critérios definidos)”. Mencionam ainda, que: “os Critérios de Beers foi a primeira lista lançada e, juntamente com o *Screening Tool of Older Persons’ Potentially Inappropriate Prescriptions (STOPP)*, constituem as ferramentas mais referenciadas”. Importa mencionar, que segundo Aires et al. (2020, p. 3), em nosso país há “o Consenso Brasileiro de Medicamentos Potencialmente Inapropriado para Idosos (CBMPI), desenvolvido com base nos critérios de Beers e STOPP”, uma maneira de se alcançar um instrumento hábil “que refletisse a realidade das prescrições” no Brasil.

Aires et al. (2020, p. 9) salientam que, a depender do critério utilizado, 84,4%, 66,8% ou 56,9% dos idosos faziam uso de ao menos um medicamento potencialmente inapropriado. Destacam que tais medicamentos podem ser incluídos na terapêutica dos idosos, porém há de utilizar critérios que ponderem os riscos e os benefícios, sendo necessário monitoramento, o que, na prática, não é comum, principalmente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o que demandaria maiores explicações (não objeto do presente trabalho). Importa saber, conforme contexto referenciado acima, que “um dos grandes desafios acerca destes medicamentos é a forma como são prescritos, sendo necessário maior atenção na avaliação de riscos e benefícios quando não podem ser evitados”, somente assim haverá segurança quanto ao seu uso. Citam-se como inapropriados omeprazol, quetiapina e escitalopram, por exemplo, inclusos na classe dos “inibidores da bomba de prótons (IBP), antipsicóticos atípicos e antidepressivos (inibidores seletivos da receptação de serotonina-ISRS), respectivamente”. E advertem serem inapropriados em função das consequências que podem resultar do seu uso prolongado. Nesse mesmo íterim, também citam: “o uso prolongado de IBP provoca e potencializa quadros de osteoporose, fraturas, insuficiência

renal, risco de infecção por *Clostridium difficile* e deficiência de vitaminas e minerais”, o que deve ser verificado no contexto da revisão desses mesmos autores, em virtude de critérios específicos e padrões de pesquisas para tal fim. Destacam que, embora já não mais presente a doença ou o quadro que levou à indicação do medicamento, verifica-se o uso pelo paciente idoso como um dos motivos para o uso prolongado, bem como a falta de “educação dos profissionais de saúde a respeito do uso prolongado de IPB em idosos”, conforme Aires et al. (2020, p. 10).

Os autores, supratranscritos, também enfatizam peculiaridades quando é feita a prescrição de medicamentos para idosos com quadro de demência, em virtude ou não de Alzheimer, por exemplo, pois, a depender dos critérios abordados, “aumentam os riscos de acidente vascular cerebral (AVC), podendo agravar também quadros de constipação crônica e, ainda, por apresentar potencial para causar ataxia da marcha, parkinsonismo, hipotensão e quedas”. Também abordam circunstâncias nas quais a prescrição envolve outros medicamentos. Aires et al. (2020, p. 11) concluíram que “ao menos um MPI foi prescrito para aproximadamente 90% dos idosos, 86% estavam em regimes terapêuticos com cinco ou mais medicamentos e cerca de 60% tinham prescrito terapias de alta complexidade”, com preponderante polifarmácia, propondo melhorias no que se refere às estratégias para uma maior atenção a esses idosos, que merecem uma atenção voltada para se compreender o seu metabolismo, o que demanda, segundo Aires et al. (2020, p. 12), “acompanhamento efetivo do idoso, com a finalidade de diminuir os eventos adversos que tais medicamentos possam causar, além de estimular a desprescrição nesse grupo populacional”, tal como, ações que demandam equipe multidisciplinar, com a presença “de um farmacêutico clínico capacitado na revisão dos medicamentos e especializado em gerontologia. Além disso, intervenções educacionais direcionadas aos prescritores” são importante fator para prescrições mais adequadas para fins de segurança do paciente.

Segundo Farias et al. (2021, p. 1782), “O processo de senescência do organismo altera as respostas farmacocinéticas e farmacodinâmicas aos medicamentos, podendo ocorrer a potencialização do efeito e de reações adversas”, fatores que vislumbram a importância da temática proposta, sendo de extrema relevância abordar a segurança da utilização de medicamentos no cuidado e na assistência aos idosos, principalmente em relação aos potencialmente inadequados. Os autores, acima aludidos, trazem importante constatação, no que se refere ao uso de tais medicamentos, alertando serem “fármacos em que os riscos superam os benefícios de sua utilização quando há opções terapêuticas com evidência científica equivalente mais segura”.

O que se vislumbra, na prática, é a falta do dever informacional, inclusive com desfechos judiciais. Não cabe ao paciente saber das implicações terapêuticas decorrentes

do uso de certos medicamentos, mas compete ao profissional da saúde que os prescrevem alertar sobre os riscos e os benefícios, em notável condição de superioridade no quesito do saber técnico em oposição às vulnerabilidades físicas, econômicas e técnicas do paciente.

Farias et al. (2021, p. 1782) destaca que esses medicamentos potencialmente inapropriados possuem forte relação com “reações adversas a medicamentos (*delirium*, sedação, hemorragias gastrintestinais, quedas, fraturas), internação hospitalar e maior morbimortalidade entre os idosos”. Também alertam que identificá-los é uma importante ferramenta estratégica, pois pode prevenir falhas na assistência aos idosos e minorar reações adversas, aspectos salutarés para uma melhor qualidade de vida.

Os autores, supracitados, chamam à atenção para discussões importantes, que influenciam na prescrição de medicamentos potencialmente inapropriados para idosos, como a inexpressiva participação dos idosos em estudos clínicos, com repercussão negativa para avaliar a eficiência e a segurança dos medicamentos a eles prescritos, “agravada por um importante fator que é cultural, de que cada consulta médica ‘deve resultar’ na prescrição de medicamentos em detrimento da promoção da saúde e prevenção de doenças, o que favorece o uso de vários medicamentos”, segundo Farias et al. (2021, p. 1789). Ainda evidenciam o uso de medicamentos prescritos em determinados contextos e o seu uso contínuo, mesmo após cessadas as causas que incidiram em sua prescrição, sem retornos e acompanhamentos em um quadro de constantes alterações fisiológicas e “a denominada ‘cascata iatrogênica’, em que se utiliza um medicamento para tratar um efeito adverso causado por outro em uso”.

Conforme Farias et al. (2021, p. 1789-1790), identifica-se a escassez de profissionais com competências para abordagens terapêuticas em idosos. Em virtude de todo o exposto, a pesquisa desses autores sugere mais estudos sobre eventos adversos com base na utilização de medicamentos potencialmente inapropriados, com intervenções que almejem reduzir o uso, a capacitação dos colaboradores da saúde com competências prescritivas e o acompanhamento efetivo dos idosos, como forma de prevenção e de segurança.

Segundo Praxedes et al. (2020, p. 3210-3213), através de revisão sistemática, avaliou-se “a prevalência da prescrição de medicamentos potencialmente inapropriados (MPI), segundo os Critérios de Beers, em idosos hospitalizados com ≥ 65 anos”, com desfechos moderados a graves em sua saúde, tais como fraturas, diarreia e potencial risco de pneumonia, dentre outros. Também destacaram o seletivo número de pesquisas sistemáticas em idosos acima de 65 anos e a necessidade de mais estudos e “ensaios clínicos randomizados que utilizem critérios de Beers como medida de qualidade do cuidado hospitalar”, (PRAXEDES et al. 2020, p. 3216).

Diante de estudos singulares sobre a temática, as pesquisas mencionadas ao longo de toda a explanação do artigo propostos evidenciaram o uso de medicamentos potencialmente inapropriados para idosos, bem como a correlação entre interações medicamentosas, eventos adversos e iatrogenia, com base em critérios específicos, que demonstraram consequências cruciais para a saúde deles, as quais vão desde efeitos menos graves até a possibilidade de danos fatais. Aspectos que sinalizam para maiores estudos, acompanhamento dos idosos e redução de terapêuticas nocivas, quando inequívocos os riscos face aos benefícios, culminando na pertinência do tema, que identifica impactos na qualidade e na segurança dos pacientes em delicada faixa etária, de forma a se vislumbrarem soluções e processos de melhorias.

3. NOTAS CONCLUSIVAS

Buscou-se, através de pesquisas sistemáticas, evidenciar a importância da segurança dos medicamentos, com fulcro nos efeitos das prescrições errôneas em idosos. Constatou-se, através de pesquisas pautadas em critérios seletos da área da saúde, alta incidência de prescrições de medicamentos potencialmente inapropriados, bem como eventos adversos e iatrogenias também em virtude da correlação com outros medicamentos, ou seja, intensa polifarmácia entre pacientes senis. Verificou-se o uso prolongado de certos fármacos em virtude da falta de acompanhamento efetivo dos idosos, bem como pela ausência de um olhar peculiar para a condição deles, uma vez que o próprio envelhecimento faz incidir alterações no metabolismo. Apurou-se que o fato de serem avaliados com parâmetros não específicos para senilidade acarreta erros que poderiam ser evitados, além da falta de profissionais capacitados para prescrição geriátrica e de treinamentos específicos.

Evidências foram pontuadas, como o sutil número de pesquisas na área e a necessidade de maiores estudos, com o fim de melhorar a qualidade e a segurança da assistência aos idosos. Observou-se sérias consequências do uso inadequado dos medicamentos e suas interações, tais como: diarreia, risco de acidente vascular cerebral, potencialização dos riscos de quedas por alguns e hipotermia. Dessa forma, verificou-se a importância do tema proposto e foram oferecidas sugestões de soluções pontuais para melhorar a qualidade de vida desses pacientes em busca de prescrições mais seguras possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Jhully Márcia Pereira et al. Medicamentos potencialmente inapropriados prescritos a pacientes de um Centro de Referência em Atenção à Saúde da Pessoa Idosa. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia** [online]. 2020, V.23, n.4, e200144, 2020. LILACS. Portal Regional da BVS. Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/bvsm/pt/biblio-1156045>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

FARIAS, Andrezza Duarte et al. Prescrição de medicamentos potencialmente inapropriados para idosos: um estudo na Atenção Primária à Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2021, v. 26, n. 5, pp. 1781-1792. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/wPXrkdRGwNDxB9YYwZz7QSt/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PEDREIRA, Larissa Chaves; BRANDÃO, Adriana Souza e REIS, Aline Macêdo. Evento adverso no idoso em Unidade de Terapia Intensiva. **Revista Brasileira de Enfermagem** [online], 2013, v.66, n.3, pp. 429-436, maio-jun. 2013. LILACS BDENF. Portal Regional da BVS. Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/bvsm/pt/lil-680182>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PRAXEDES, Marcus Fernando da Silva et al. Prescrição de medicamentos potencialmente inapropriados para idosos segundo os Critérios de Beers: revisão sistemática. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2021, v. 26, n. 08, pp. 3209-3219. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/JnRrJLFrGB95349y8nwkFyQ/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SANTOS, Jussara Carvalho dos e CEOLIM, Maria Filomena. Iatrogenias de enfermagem em pacientes idosos hospitalizados. **Revista da Escola de Enfermagem da USP** [online]. 2009, v. 43, n. 4, pp. 810-817, dez. 2009. LILACS. BDENF. Portal Regional da BVS. Disponível em: <<https://pesquisa.bvsalud.org/bvsm/pt/lil-534379>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ANADEM

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOTÉCNICA

Apoio científico:



ASOLADEME
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico
Sede Brasil



UCA
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA



APEDIMES
Associação Pernambucana
de Direito Médico e da Saúde





Apoio científico:



ASOLADEME
Asociación Latinoamericana de Derecho Médico
Sede Brasil



Universidade Corporativa Anátema



APEDIMES
Associação Pernambucana
de Direito Médico e da Saúde

