

# A AUTONOMIA DOS PACIENTES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM TEMPOS DE PANDEMIA

BONFIM SOUZA, Paulo Bruno<sup>1</sup>  
COSTA, Jessica<sup>2</sup>

**RESUMO:** O intuito deste artigo é, num primeiro plano refletir sobre o direito a saúde dentro do rol dos direitos fundamentais e a sua relevância para a sociedade, destacando o contexto pandêmico. Em um segundo momento, nesse contexto, o foco é entender a relação paciente-médico tratando de questões como a autonomia do paciente e a responsabilização civil dos médicos. A metodologia utilizada no tocante ao raciocínio foi a hipotético-dedutivo, criando hipóteses primárias para depois testá-las. O objetivo foi confirmar se, mesmo em uma pandemia, a preservação da autonomia do paciente e a atuação adequada dos médicos, respeitando seus limites de atuação, contribuem para a garantia do direito à saúde e a preservação dos direitos individuais e coletivos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Princípio da autonomia. Responsabilidade civil. Pandemia. Direito a saúde.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de analisar a relação paciente-médico observando a autonomia do paciente em opinar qual deve ser o tratamento que ele irá se submeter, ou até mesmo recusar tratamento; e a responsabilidade civil do médico, fazendo uma relação com direito a saúde e o contexto da pandemia causado pela covid-19. Considerando que o tema supracitado é relativamente novo, notadamente por conta da questão da pandemia, que é algo recente e em constante mutação, sua discussão no meio jurídico ainda não é tão ampla. Assim, a ideia é refletir e ampliar o debate em questão, sem o intuito de definir ou dar um ponto final no assunto.

O objetivo em questão é compreender o direito da saúde e a autonomia do paciente em decidir e participar de forma ativa nas escolhas relacionadas aos procedimentos médicos, traçando um paralelo com a pandemia do coronavírus. Assim como entender a responsabilidade civil dos médicos, passando por questões

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Mobilidade Acadêmica na Universidade Portucalense (UPT) – Porto, Portugal.

<sup>2</sup> Pós-Doutoranda em Desigualdades Globais e Justiça Social (UNB-FLACSO). Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos (UFBA). Professora de Direitos Humanos, Bioética e Direito Civil da UCSAL e UNIRUY. Professora das Pós-Graduações de Direito Médico da UCSAL, UNIFACS e CERS. Advogada.

fundamentais do debate como o limite de atuação e a garantia de direitos fundamentais.

O presente artigo, no ponto de vista técnico, utilizou principalmente a pesquisa bibliográfica como base de sua elaboração, recorrendo-se a livros, artigos, periódicos, entre outros, tendo em vista a vasta quantidade de material que trata sobre as principais temáticas abordadas neste trabalho. De forma secundária também foi utilizado a pesquisa documental, com a utilização da Legislação vigente no Direito Brasileiro.

Com relação à abordagem do problema, o trabalho em questão utilizou a pesquisa qualitativa, buscando interpretar como o direito a saúde e a autonomia dos pacientes está sendo abordada pelo ordenamento jurídico, bem como qual deve ser a atuação adequada do médico nesses casos e a aplicação da responsabilidade civil nessas situações. O método de raciocínio utilizado foi o hipotético-dedutivo, tendo em vista que esta metodologia tem como ideia principal formar hipóteses para os problemas e depois submetê-las a testes, contestando sua tese, fazendo um processo de falseamento para confirmar ou negar esta hipótese.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO AO DIREITO À SAÚDE.**

Com o advento da pandemia do Covid-19, a garantia dos direitos fundamentais se tornou ainda mais evidente e urgente, principalmente com relação ao direito a saúde. Movidos pela necessidade de garantir esse direito para seus cidadãos, governantes de todo o mundo se mobilizaram na tentativa de garantir atendimento em grandes escalas, equipamentos de segurança para os profissionais, vacinas, entre outras providências necessárias ao combate à crise pandêmica. Neste contexto, a discussão sobre direitos fundamentais voltou a ter prioridade.

Primeiramente, vale salientar que os direitos fundamentais se diferem dos outros porque são compreendidos como algo inato à natureza humana, ou seja, não foi uma mera criação ficcional de alguém e sim direitos que decorrem da própria existência humana. Com uma forte influência do jusnaturalismo, notadamente o Direito Natural Antropológico, é possível compreender o homem como centro do universo e também como portador de um conjunto de direitos naturais inatos (BEDIN, 2014, p. 247).

Luís Roberto Barroso (2010, p.9-10), seguindo essa linha, explica que os direitos fundamentais têm como justificativa e fundamento a dignidade humana. Compreende também que a preservação destes direitos é dividida em duas vertentes, a dimensão individual e social. A primeira está vinculada ao sujeito portador destes direitos, com a sua materialização, junto a escolhas e atitudes do indivíduo. Em outro sentido, a dimensão social está vinculada a atuação do Estado no seu papel de garantir e concretizar esses direitos. Tanto no intuito de dar condições necessárias para a sua proteção quanto no papel de intervir nas atuações individuais que possam impedir a prática individual ou coletiva desses direitos.

Vale destacar que é fundamental entender a diferença entre titularidade e exercício do direito. No caso de pessoas incapazes, como por exemplo os menores de idade, o titular do direito sempre será o menor, e tal condição não se altera, tendo em vista que os direitos fundamentais são intransmissíveis. Porém, como esses menores são absolutamente ou relativamente incapazes, os exercícios desses direitos devem ser feitos por terceiro, no caso os seus responsáveis, que tem a obrigação de cuidar e proteger a criança e ao adolescente (MORAIS, 2011, p. 191-192).

Por outro lado, o exercício desse direito não pode ser feito de forma abusiva, tendo em vista que é essencial que o incapaz participe das discussões pertinentes aos seus direitos, principalmente quando passa a ter um grau de discernimento maior. Não é à toa que a decisão no tocante ao relativamente incapaz, maior de 16 anos, se dá a partir da assistência, devendo ser a vontade do menor levada em consideração.

Quando trazemos essa questão para a área da bioética fica nítido que cada vez mais a opinião e o posicionamento do incapaz com relação aos assuntos que lhe são pertinentes, deve ser levado em consideração, sempre que possível. Neste sentido, merece destaque a teoria da autonomia progressiva no tocante aos tratamentos médicos, a qual parte da premissa de que o assentimento não deverá se basear na capacidade civil, mas na anuência dada pela criança/adolescente na medida de sua compreensão (MUNHOZ, 2014).

Como não existe um único direito fundamental e sim um grupo de direitos, vale destacar que não existe hierarquia entre eles, não existindo um que se

sobressaia em relação a outro. Desta forma, não se pode pensar em confronto de direitos fundamentais no plano normativo, tendo os seus status equivalentes, porém isso não impede que esse confronto exista no campo fático. Partindo desse ponto Rosana Helena Maas e Ana Paulo Daroit (2019, p. 14-16) afirmam que a garantia do direito à saúde é fundamental para que seja possível exercer a cidadania plena, agindo como um ponto de partida para o exercício dos outros direitos.

Para compreender o que é o direito a saúde ou a sua relevância social primeiro se faz necessário definir o conceito de saúde. Até poucas décadas atrás a saúde era compreendida como o bem-estar físico, ou então a falta de doenças. Atualmente, segundo a OMS, a saúde pode ser entendida de forma mais ampla, abarcando questões psíquicas e sociais.

Partido desse conceito mais amplo de saúde, visando a satisfação bio-psico-social das pessoas, Péricles Asbahr (2004, p. 10-13) define o direito a saúde como sendo um conjunto de obrigações do Estado no sentido de garantir o desenvolvimento saudável das pessoas, transcendendo a simples ideia de proteção ou tratamentos de enfermidades.

Nesse sentido Gabrielle Kölling e Guilherme Camargo Massaú (2011, p. 18-20) entendem que a saúde se configura com um bem-estar bio-psico-social, além de ser um bem jurídico intrinsecamente ligado ao bem jurídico vida, haja em vista que, sem a preservação do primeiro não é possível a garantia do segundo.

No Brasil a Constituição de 1988 consagrou o direito a saúde como sendo um direito fundamental, previsto no seu artigo 6º, além de definir os princípios responsáveis pela orientação das políticas de saúde. Dentre estes princípios ficou estabelecido que, além de ser um direito dos cidadãos é também um dever do Estado, que deve promover políticas públicas com o intuito de garantir o acesso universal e igualitário à todos. Além disso, também ficou previsto a criação de um sistema único de serviços de saúde pública, tendo como algumas de suas características a descentralização, a hierarquização e a participação da comunidade. (ASBAHR, 2004, p. 10-13)

Desta forma, os constituintes presaram pela garantia do direito à saúde, não só colocando este direito com status de fundamental, mas também estabelecendo princípios norteadores para sua garantia. Neste sentido, caso o Sistema Único de

Saúde (SUS) fosse implementado de maneira eficaz e universal como foi planejado, seria possível assegurar o direito a saúde a população, mesmo em um contexto de pandemia.

### **3 AUTONOMIA E RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO**

Quando se fala em Direito Médico, um ponto nevrálgico das discussões gira em torno da relação travada entre paciente e médico, e dos direitos e obrigações que têm origem nessa interação.

Dentro desta perspectiva um dos princípios de maior relevância para essa relação é o chamado princípio da autonomia. A importância dele é tamanha que, para alguns autores, esse é o único princípio que deve nortear essa relação, sendo que outros são derivações desse. (BELTRÃO, 2016, p.102-104).

No âmbito da bioética principialista, tida como a corrente clássica, apesar dos seus criadores afirmarem não haver hierarquia entre os princípios, Volnei Garrafa (2005, p. 128) destaca que “o tema da autonomia foi maximizado hierarquicamente com relação aos outros três, tornando-se uma espécie de super-princípio”.

Silvio Romero Beltrão (2016, p.102-104) explica que o princípio da autonomia pode ser definido como sendo a capacidade que a pessoa tem de se autorregular, e, sendo assim, a decisão fruto desta autodeterminação deve ser respeitada, mesmo que seja contrária ao entendimento do profissional da saúde. Desta forma, esse princípio age como um limitador dos poderes do médico e se torna fonte do direito do paciente.

O Código de Ética Médica também incorporou a ideia de garantir ao paciente o direito de decidir de forma livre e autônoma qual o melhor tratamento. No capítulo V, que trata sobre a relação dos médicos com pacientes e familiares, o art. 31 estabelece que é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente, ou de seu representante, de determinar livremente as práticas terapêuticas ou diagnósticas que serão utilizadas.

Existem dois elementos que são fundamentais para que o princípio da autonomia seja cumprido da sua essência: o paciente ter ampla informação do seu caso; e não existir nenhum tipo de coação, seja ela externa ou interna.

Partindo desse ponto de vista, Ana Paula Azevêdo Sá Campos Porto e

Simone Bezerra Pontes Araruna (2016, p. 206-207) explicam que o próprio Código de Ética Médico (CEM) determina a obrigação do médico em informar ao paciente a sua situação com relação ao diagnóstico, ao prognóstico e os riscos do tratamento, sendo este dever inerente à própria atuação médica. A única ressalva é nos casos em que essa informação gere algum dano ao paciente, neste caso o médico deve ao menos informar aos responsáveis ou a algum familiar.

Tão importante quanto a informação, a não coação se faz necessária para evitar que a expressão da autonomia do paciente não se encontre viciada, para tanto é preciso tomar cuidado com influências internas e externas. No tocante a coação externa ela ocorre quando alguém, podendo ser ou não um profissional da saúde, tenta modificar ou direcionar a vontade do paciente no sentido oposto ao que ele normalmente escolheria. Esse vício também pode ocorrer quando alguém omite uma informação importante ou então distorce a informação verdadeira com o intuito de influenciar a tomada de decisão do paciente (BELTRÃO, 2016, p.102-104).

Para que a autonomia seja válida Silvio Romero Beltrão (2016, p.102-104) explica que, além de afastar os controles externos supracitados, é preciso observar também a falta de coações internas que possam viciar a decisão do paciente. Entende-se por coação interna como sendo a dor, o medo, enfermidades mentais como depressão, ou qualquer questão similar que se origine no próprio paciente. Essas situações, que não são raras em momentos pandêmicos, podem fazer com que a pessoa tome decisões, muitas vezes involuntárias, que são opostas e incoerentes aos seus valores e suas convicções de vida.

Ainda com relação a autodeterminação Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 76-78) entende que é de fundamental importância destacar que não tem como separar a dignidade da pessoa humana do direito que ela tem de se autodeterminar, visto que cada pessoa tem os seus valores morais e ideológicos que influenciam na sua tomada de decisão. Atualmente é fundamental que a individualidade de pensamento seja respeitada, tendo em vista que faz parte da base do direito moderno e dos direitos fundamentais o respeito a possibilidade da pessoa ser o que ela quer ser, mesmo em tempos de pandemia, o que deverá ser respeitado, desde que isso não prejudique os direitos dos outros indivíduos.

A autonomia irá determinar o consentimento ou a recusa de um determinado

procedimento. Com relação ao consentimento, Márcia Maria Pazinato (2019 p. 238-239) entende que ocorre quando o paciente concorda com o tratamento sugerido pelo médico, porém, para que isso seja válido, é fundamental que o paciente receba as informações corretas sobre a sua doença, assim como as suas possibilidades de tratamento e de cura. Neste caso, o consentimento é fruto de uma relação respeitosa e honesta do médico e do paciente.

A consubstanciação do aval dado pelo paciente é chamada de Termo De Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), ou apenas termo de consentimento, o qual pode ser compreendido como a materialização da anuência do paciente, sendo um documento que deve ser construído conjuntamente entre o médico e o paciente, e deve conter as principais informações sobre a doença do paciente, o tratamento que será feito, assim como os riscos e possibilidades do procedimento.

Com relação ao consentimento do paciente, Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 94) explica que ele deve ocorrer de forma livre de vícios e munido das informações necessárias. Porém, não existe um padrão, uma forma específica, neste caso não é obrigatório seguir uma formalidade predeterminada podendo ser feito de forma oral ou escrita (o TCLE), neste caso, apontando o que vai ser feito e como será feito, constando, inclusive, o prontuário do paciente.

Gilberto Bergstein (2012, 185-194) aponta que o consentimento compreendido como um processo faz com que o paciente interaja de forma ativa no momento de tomar decisões, o que não ocorreria se fosse um ato impositivo. Partindo dessa ideia do consentimento como processo, se faz necessário que ele seja renovado a cada nova etapa, em tratamentos assim divididos. Nestas situações, a cada novo evento relevante, é necessário ter o consentimento do paciente, menos nos casos de urgência em que o paciente não tem tempo hábil para refletir sobre o fato, posto que corre risco de vida ou saúde.

O Código de Ética Médica não fala expressamente do TCLE ou na obrigatoriedade de sua elaboração, mas no seu capítulo V, destinado à relação com pacientes e familiares, alguns artigos se aproximam da ideia do consentimento livre e esclarecido. O art. 34, por exemplo, determina que é vedado ao médico deixar de informar ao paciente, ou seu representante legal, o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento ao qual será submetido (PAZINATTO, 2019, p. 238-239).

Mesmo não tendo uma previsão direta do TCLE no Código de Ética Médica, não quer dizer que ele não seja discutido ou que tenha sua importância diminuída. Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) elaborou a Recomendação Nº 1/2016 que “dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica”.

Nesta recomendação, o CFM esclarece que, mesmo a forma verbal sendo o tipo mais comum de obtenção do consentimento, é sempre aconselhável a elaboração do TCLE. A orientação é que o termo seja escrito com linguagem clara e acessível utilizando, sempre que possível, traduções dos termos científicos para permitir melhor compreensão por parte do paciente. Com relação ao conteúdo, a orientação é que o termo seja feito com espaços em branco, alternativas para serem marcadas, ou com alguma outra forma que possibilite a participação ou complementação por parte do paciente.

A pandemia não retira a obrigatoriedade do consentimento, no entanto, a partir da Lei Nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, o enfrentamento da Covid-19 pode, de forma excepcional, motivar a realização compulsória de exames e laboratoriais, bem como vacinação e até mesmo promovendo tratamentos médicos específicos. Além disso, o uso de máscaras, isolamento social e até mesmo medidas mais restritivas como o lockdown podem interferir de forma direta no exercício de direitos fundamentais, provendo assim restrições individuais em detrimento da coletividade, o que, no âmbito clínico, terá de passar pelo crivo do profissional médico.

Como já foi destacado anteriormente nesse artigo, a relação médico-paciente sofreu alterações no último século, tendo em vista que hoje não se entende mais que essa relação deva ser vertical, onde o médico é detentor do conhecimento e o paciente simplesmente acata as diretrizes, devendo sim ser uma relação horizontal, onde os dois dialogam e entendem o que deve ser feito de forma conjunta.

Nesse sentido, Luciano Henrik e Rômulo Fontes (2011, p. 11-12) apontam que até a primeira metade do século XX a relação médico-paciente era pautada no princípio da beneficência, na qual o médico deveria fazer tudo que fosse necessário para proteger o paciente e salvaguardar sua vida, independentemente da vontade do mesmo. Atualmente o princípio da autodeterminação da pessoa é que vigora



nessa relação, ou seja, o livre consentimento do paciente é requisito indispensável para fazer qualquer procedimento médico

No Brasil, a resolução 1.021/1980 do Conselho Federal de Medicina (CFM) no seu item 2º determina que, no caso de perigo eminente à vida do paciente, o médico pode fazer transfusão de sangue mesmo sem o seu consentimento. Ocorre que tal determinação não tem poder legal, tendo em vista que se trata apenas de um documento proferido por órgão de classe, o que, pelo princípio da legalidade, não tem poder sobre as outras pessoas (VIEIRA; FONTES, 2011 p.11-12).

Mesmo com a resolução supracitada, Zilda Mara Consalter e Pedro Jaremczuk (2010, p. 41-44) apontam que o Código de Ética Médico (CEM) no seu art. 48 (atualmente corresponde ao art. 31) proíbe o médico de limitar o poder que o paciente tem de decidir livremente sobre os procedimentos. Porém, assim como a resolução, o CEM não tem força de lei. Nesse sentido, a Constituição Federal garante no seu art. 5º, inciso II que ninguém deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser por determinação legal, o que reforça o entendimento de que o paciente tem direito a recusar determinado procedimento

A Constituição não apenas assegura o direito à vida, mas também a uma vida digna, permitindo que cada pessoa seja autônoma para decidir como irá viver. Nessa perspectiva, é possível que a recusa de tratamento seja por qualquer motivo que seja pertinente a própria pessoa, seja ele religioso, negação da doença, problemas psiquiátricos, entre outras razões. Não aceitar o direito de recusa do paciente é o mesmo que ferir um direito fundamental, desta forma, não é possível pensar em descumprir esse direito mesmo nos casos de eminente perigo de morte, posto que esse direito é irrevogável (CONSALTER; JAREMCZUK 2010, p. 41-44).

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Com a realidade de enfrentamento da covid-19 e a situação de pandemia que o mundo vive, o papel do médico, que já era fundamental antes, passou a ser visto com ainda mais importância. Nesse contexto é essencial entender até onde esse profissional pode agir e, caso ultrapasse esse limite como deve ser responsabilizado pelos seus atos.

Apesar de a medicina ser uma ciência milenar e que sempre acompanhou a

história da humanidade, a ideia de responsabilidade, ou responsabilização do profissional da saúde é um pensamento relativamente novo, sendo uma construção da medicina moderna. Até o início do século XX, a relação paciente-médico era basicamente de um indivíduo detentor do conhecimento e de outro que necessitava dos seus cuidados, sendo basicamente uma relação vertical.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro legislação voltada única e exclusivamente para tratar da responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde, porém, é possível utilizar o estudo geral da responsabilidade presente no Código Civil de 2002 para a atuação do médico.

Genival Veloso de França (2020, p. 286-288) explica que existem duas teorias, a da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva. Com relação à primeira, o elemento culpa é a base dessa corrente, sendo indispensável para a sua aplicação, não bastando tão somente o dano em si. Neste caso, para haver responsabilização é preciso que existam os três pilares: o dano, onexo causal e a culpa, ou seja, primeiro é preciso que tenha ocorrido o dano, depois é necessário ver se a existência de liame entre o dano e o agente, para depois analisar se quem o fez teve culpa ou não. O autor aponta que essa corrente tem dois grandes pontos problemáticos: primeiro por que o termo culpa é muito amplo e vago, causando uma imprecisão na sua aplicação; segundo porque apesar de não fazer injustiças com o autor, abre espaço para que sejam cometidas contra quem sofreu o dano.

No tocante à teoria da responsabilidade objetiva, o direcionamento vai em sentido oposto, tendo em vista que a ideia central gira em torno do risco. Nessa corrente, para que ocorra a responsabilização não é preciso que esteja presente o elemento culpa, sendo necessário apenas o dano e onexo causal ligando a ação ou omissão ao agente causador do prejuízo. Desta forma, entende-se que a pessoa responsável assumiu o risco de causar o referido dano a outra (FRANÇA, 2020, p. 286-288).

No tocante à prática dos profissionais da área médica, o elemento nexode causalidade é elemento indispensável. Segundo Miguel Kfourí Neto (2001, p. 67), não basta apenas que o paciente tenha sofrido um dano e o médico tenha agido com culpa, é preciso que exista um liame que ligue as duas situações, caso contrário não seria possível a responsabilização civil.

No contexto supracitado de responsabilização do profissional da medicina, o elemento culpa também se torna mais importante do que em outras situações, nesta ocasião não é preciso que o agente esteja munido de intenção, bastando apenas um ato voluntário em sentido oposto a prudência ou perícia usual (KFOURI, 2001, p. 67).

Com relação a culpa e o dever de indenizar, o Código Civil de 2002 traz no seu artigo 951 três situações de fundamental relevância para atuação médica: a imperícia, a negligência e a imprudência.

Segundo Clóvis Francisco Constantino (2008, p. 2-3) a imperícia ocorre quando o médico se encontra despreparado profissionalmente, não sabe utilizar a técnica que deveria ser utilizada naquela situação, ou também quando aplica de maneira incorreta a técnica que ele tem, ou deveria ter, sendo que, por muitas vezes, não percebe a extensão do dano que irá causar ao paciente. A negligência por sua vez aponta a ideia de omissão, do não fazer algo que deveria ter sido feito para evitar o dano, muitas vezes ligado a falta de atenção que se é devida para a situação em questão. Já a imprudência ocorre quando o profissional tem noção dos riscos da situação e decide agir da mesma forma, ou seja, agindo sem os cuidados devidos.

Apesar das situações apresentadas sempre cominarem na responsabilização do dano sofrido, a doutrina entende que existem situações em que não existirá o dever de indenizar, as chamadas excludentes de responsabilização civil. Com relação a atuação do médico, nem todas as possibilidades de excludentes de responsabilização civil podem ser aplicadas por não ter ligação com a atuação profissional, como por exemplo a legítima defesa ou o estado de necessidade.

Elias Kallas Filho (2013, p. 4-6) explica que, no caso da atuação médica, a doutrina clássica entende que podem ser aplicadas três tipos de excludente de responsabilização civil: caso fortuito e força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. O caso fortuito e força maior é aplicado quando o dano é resultado de uma situação inevitável ou imprevisível, ou seja, não tinha como prever que tal situação ia ocorrer e, desta forma, não tinha como evitar seu resultado. Por outro lado, o fato de terceiro ocorre quando o dano não foi originado por uma ação ou omissão do médico ou do paciente, e sim de uma outra pessoa que não faz parte do

processo. Vale ressaltar que este terceiro não pode ser um auxiliar, preposto ou empregado do local, tendo em vista que o médico deve se responsabilizar também por essas pessoas que integram o processo. Por fim, também será excluída a responsabilidade quando a culpa do dano for exclusiva da vítima, ou nesse caso do paciente.

Com relação a excludente de responsabilidade civil do médico existe outra possibilidade que vem crescendo na doutrina, chamada de fato da técnica. Essa teoria parte da ideia de que os procedimentos médicos, mesmo bem feitos e tomando todos os cuidados devidos sempre apresentam algum tipo de risco, tendo em vista que os procedimentos médicos, via de regra serem potencialmente danosos ao paciente. Desta forma, mesmo com a técnica bem aplicada, com profissionais qualificados, materiais adequados e ambiente ideal o dano pode não ser evitado. A teoria do fato da técnica entende que nesses casos o médico não deve ser responsabilizado civilmente, visto que tudo foi feito da maneira mais correta possível e mesmo assim o dano não foi evitado, ou seja, afastando o elemento culpa (KALLAS, 2013, p. 04-06).

Por fim, vale ressaltar que todos esses parâmetros de responsabilização civil, ou excludentes de responsabilidade são imprescindíveis para a atuação dos profissionais da saúde. Em uma situação de pandemia essas questões se tornam ainda mais necessárias, tendo em vista que, por vezes a vontade de agir em prol de um benefício coletivo pode levar esses profissionais a extrapolar os seus limites de atuação, ou até desrespeitar os direitos do paciente.

Assim, ainda que a realidade referente à doença e aos seus possíveis tratamentos ainda seja bastante mutável, é necessário que o médico esteja sempre atento a informar o paciente tudo aquilo que sabe sobre o avanço da infecção e as possibilidades, ainda que experimentais, de tratamento.

Exemplo bastante atual se refere ao uso de Hidroxicloroquina/Cloroquina em associação com Azitromicina para COVID 19. Apenas dos diversos estudos no Brasil e no mundo apontarem resultados não unânimes, aqueles que optarem por se tratar a partir dessa combinação, sempre a partir de orientação médica prévia, deverão assinar um termo de consentimento, o qual inclusive foi disponibilizado

como modelo no site oficial no Ministério da Saúde<sup>3</sup>.

Mesmo a pandemia não tem o condão de autorizar ao médico agir de maneira distinta àquilo que foi trazido ao longo do trabalho no sentido de informar ao paciente. A ausência de informação permanece como sendo uma violação ao direito personalíssimo do paciente e, conseqüentemente, passível de responsabilização civil do profissional que não agir de acordo com a conduta zelosa e ética que as normas e a moral o obrigam.

## 5 CONCLUSÃO

Com o advento da maior pandemia registrada nos últimos cem anos, o direito a saúde e seu vasto leque de discussões volta a ter papel de destaque nos debates globais. Porém, o combate a covid-19 nunca deve se afastar dos debates técnicos e científico, posto que, o temor das conseqüências que o vírus tem causado pode se tornar terreno fértil para a supressão de direitos fundamentais em prol de uma suposta defesa da coletividade.

Neste sentido, como foi observado anteriormente nesse artigo, a proteção do direito à saúde necessita de aplicações de políticas bem definidas de saúde pública, mas também depende da conservação dos direitos individuais. O enfermo deve ter o direito de opinar e decidir como ou se deve ser tratado, não sendo ético o médico ou autoridades impor qualquer questão nesse sentido. Por outro lado, a garantia desse direito não permite que o direito de outra pessoa seja violado, sendo papel do Estado garantir esse equilíbrio.

Partindo da mesma premissa, não é coerente pensar que por se tratar de um momento atípico, os profissionais da saúde podem extrapolar os limites da sua atuação. A legislação brasileira já define até onde o médico deve ir, e, caso ultrapasse esse limite, como deve ser responsabilizado. O fato do mundo está passando por uma pandemia não muda essa situação, pelo contrário, em um contexto como esse se faz necessário mais do que nunca a atenção para essas normas, para que o profissional da saúde possa exercer da melhor forma o seu trabalho.

---

<sup>3</sup> Disponível em:

<https://saude.gov.br/images/pdf/2020/May/20/Termo-de-Cie--ncia-e-Consentimento-Hidroxiclороquina-Cloroquina-COVID-19.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

Mesmo com o crescimento dos debates sobre esse tema recentemente, a consolidação de algum entendimento é um trabalho que vai demandar tempo, haja vista que discussões sobre autonomia e responsabilização já ocorrem há décadas, além de não existir uma previsão de quanto tempo a pandemia causada pela covid-19 ainda vai durar.

## REFERÊNCIAS

ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o direito humano a saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.5 n.3 p.9-28. nov. 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79835>. Acesso em: 13 de jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BEDIN, Gilmar Antônio. A DOUTRINA JUSNATURALISTA OU DO DIREITO NATURAL: Uma Introdução. In: **Direito em Debate** – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. ano XXIII nº 42, jul.-dez. 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.17 n.2 p.98-116. jul./out. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122316>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BERGSTEIN, Gilberto. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. 2012. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade De Direito Da - Universidade De São Paulo – USP, São Paulo. Orientadora: Professora Titular Teresa Ancona Lopez. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2019.

CAMPOS PORTO, Ana Paula Azevêdo Sá; ARARUNA, Simone Bezerra Pontes. O dever de informar na perspectiva da relação médico-paciente atual: análise à luz da dignidade da pessoa humana e do direito à autodeterminação do paciente. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**. Curitiba v.2 n.2 p.196-217. jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1383>. Acesso em: 15 mai. 2020

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2217, de 27 de Setembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 30 ago 2019.

CONSALTER, Zilda Mara; JAREMEZUK, Pedro. Direito à vida versus recusa ao tratamento vital. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o

processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 21 jan 2016 Disponível: <[https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1\\_2016.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf)>. Acesso: 01 abr. 2020.

CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano. **Revista Bioética** v. 16, n. 1, 2008. 97 – 107. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/58](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/58)>. Acesso em: 5 mai. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARRAFA, Volnei. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. Revista Bioética, Brasília, v. 13, n. 1, p. 125-134, abr. 2005.

KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 137-151, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63998>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

KFOURI, Neto M. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2001.

KÖLLING, Gabrielle; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.12 n.2 p.11-36. jul/out. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13247>. Acesso em: 13 de jul. 2020.

MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.20 n.1 p.13-31. mar/jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164199>. Acesso em: 13 de jul. 2020.

MORAES, Reinaldo Santos de. **A teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação brasileira**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Mônica Aguiar. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MUNHOZ, Luciana Batista. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**. v.27, n.2 p.234-243, 2019. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1884](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1884)>. Acesso em: 07 mar. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte v.16 p.75-104. abr/jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em: 20 abr. 2020

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; FONTES Rômulo Fernando Novais. Objeção de consciência: a legítima recusa a tratamento médico. **Revista Acadêmica FEOL**. Oliveira,

v.1, n.1, (2011). Disponível em:

<<http://189.51.19.186:8081/revista/index.php/R1/article/view/7>> Acesso em: 1º mai. 2020.