

# REFLEXÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

- **Presidente:** Juliana Peneda Hasse
- **Vice-Presidente:** Andréa Ferreira dos Santos
- **Coordenadora:** Sissyane Rodrigues Ferreira

**Presidente da OAB/SP:** Caio Augusto Silva dos Santos

**Vice-Presidente da OAB/SP:** Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho

## Coautores:

André Bastos Lopes Ferreira  
Aramis Moutinho Junior  
Carolina Neiva Domingues  
Vieira de Rezende  
Ernani Parise  
Herbert Adriano Barboza  
José Luiz Toro da Silva  
Juliana Hasse  
Katia Akemi Wakita

Lidiane Mazzoni  
Lucas Miglioli  
Luciana Mayumi Sakamoto  
Marcelle B. Villela  
Marcos Buim  
Paulo Antoine Pereira Younes  
Paulo André Stein Messetti  
Paulo Oliver  
Roberto Massad Zorub

Rodrigo Forcennette  
Rogério Pena Masi  
Rosália Toledo Veiga Ometto  
Sissyane Rodrigues Ferreira  
Tatiana Viola de Queiroz  
Théra Van Swaay de Marchi  
Tula dos Reis Laurindo  
Vanessa Cunha de Paula  
Marcondes Nucci

ISBN 978-658735153-7



# **REFLEXÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE**

(2019-2021)



Presidente da OAB/SP: Caio Augusto Silva dos Santos

Vice-Presidente da OAB/SP: Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho

# REFLEXÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

Presidente: Juliana Peneda Hasse

Vice-Presidente: Andréa Ferreira dos Santos

Coordenadora: Sissyane Rodrigues Ferreira

## Coautores

---

André Bastos Lopes Ferreira

Aramis Moutinho Junior

Carolina Neiva Domingues Vieira de Rezende

Ernani Parise

Herbert Adriano Barboza

José Luiz Toro da Silva

Juliana Hasse

Katia Akemi Wakita

Lidiane Mazzoni

Lucas Miglioli

Luciana Mayumi Sakamoto

Marcelle B. Villela

Marcos Buim

Paulo Antoine Pereira Younes

Paulo André Stein Messetti

Paulo Oliver

Roberto Massad Zorub

Rodrigo Forcennette

Rogério Pena Masi

Rosália Toledo Veiga Ometto

Sissyane Rodrigues Ferreira

Tatiana Viola de Queiroz

Théra Van Swaay de Marchi

Tula dos Reis Laurindo

Vanessa Cunha de Paula Marcondes Nucci

(2019-2021)

## **AGRADECIMENTOS**

No longo caminho até a publicação deste livro, projeto concluído por essa gestão da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde, muitas pessoas contribuíram, de diversas maneiras.

Este trabalho jamais teria sido possível sem o apoio de cada uma delas, a quem somos gratos de todo o coração.

Agradecemos a todos os membros da Comissão, que puderam contribuir com cada artigo, com o seu conhecimento, a doação de seu tempo e dedicação.

Agradecemos, também, ao nosso membro colaborador, Aramis Moutinho Junior, bem como a OCESP – Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo e também a UNICRED do Estado de São Paulo, por acreditarem e propiciarem patrocínio para que o projeto saísse do papel e se concretizasse.

Obrigada à Diretoria da OAB/SP por acreditar no nosso trabalho e nos proporcionar autonomia para estrutura-lo e coloca-lo em prática. Por entender, ainda, que a informação é inerente ao crescimento humano e necessária para a evolução da sociedade como um todo.

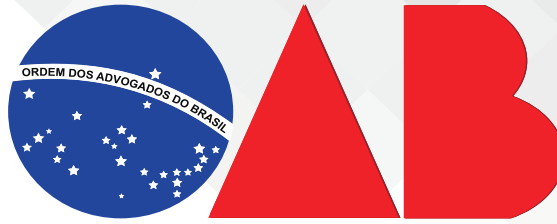
Esse trabalho é dedicado também aos cidadãos e cidadãs, que buscam orientações jurídicas na área de saúde, segmento em tão alta evidência, sobretudo em tempos de pandemia, nos quais a tecnologia propicia e facilita a evolução da Saúde!

Somos imensamente gratos por fazer parte da Comissão e construirmos algo concreto, de valor, que deixamos aqui, como registro de nossas reflexões e conclusões durante esses últimos anos, para a Área de Saúde.

## SUMÁRIO

“TIPO SOCIETÁRIO COOPERATIVA” “COOPERATIVE SOCIAL TYPE”.....	9
QUAIS AS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS NA UTILIZAÇÃO DA ROBÓTICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ÁREA MÉDICA?.....	25
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS.....	41
DO DIREITO DOS AUTISTAS AO ACESSO AO TRATAMENTO INTEGRAL...	57
A TELEMEDICINA COMO MEDIDA DE HUMANIZAÇÃO DA SAÚDE.....	70
A APLICAÇÃO DE ASTREINTES NAS AÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO O DIREITO A SAÚDE.....	79
ASPECTOS ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL / O MÉDICO, O PACIENTE, A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUAS RELAÇÕES.....	90
O IMPACTO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NO RESULTADO DAS EMPRESAS.....	123
LGDP SOB A ÓTICA DO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA ANÁLISE DAS PARTICULARIDADES APLICÁVEIS AOS PLANOS DE SAÚDE.....	131
MÉDICOS, HOSPITAIS, OPERADORAS E PRÁTICAS ESG.....	143
E-NATJUS – NÚCLEOS DE APOIO TÉCNICO DO PODER JUDICIÁRIO.....	153
O SUS - IRRESPONSABILIDADE DOS EXECUTIVOS E DOS MÉDICOS E SOLIDÁRIOS.....	158

POR UMA INTEGRIDADE PENAL NO EXERCÍCIO DA MEDICINA.....	174
RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA...	183
SUSPENSÃO, RESCISÃO E FORMAS DE REAJUSTES NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE .....	191
A TESTAGEM DOMICILIAR EM SÃO CAETANO DO SUL, SP: ABORDAGEM DE ATENÇÃO PRIMÁRIA À PANDEMIA DE COVID-19.....	210
TESTAMENTO VITAL POR ESCRITURA PÚBLICA: EFETIVAÇÃO DO ARTIGO 2º, §3º DA RESOLUÇÃO 1995/2012 DO CFM .....	223
OS LIMITES AO PODER DE REGULAR OS PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE.....	240
RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO OFF LABEL EM PERÍODO DE PANDEMIA .....	262
A REGULAMENTAÇÃO DA OZONIOTERAPIA NO BRASIL: LIMITES DA ATUAÇÃO PROFISSIONAL.....	279
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A MEDICINA DIAGNÓSTICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	295
OS IMPACTOS DA COVID-19 NA GESTÃO DOS LEITOS HOSPITALARES.....	312
OS PADRÕES DA BIOÉTICA E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EMPREENDER EM SAÚDE DURANTE E APÓS A PANDEMIA DA COVID-19.....	328



# ASPECTOS ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL / O MÉDICO, O PACIENTE, A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUAS RELAÇÕES.

Por, **ROSÁLIA TOLEDO VEIGA OMETTO**

Bacharel e Mestre em Direito Civil pela FADUSP, Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Membro efetivo regional da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB-SP. Membro da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do IBDFAM. Atuante em Dir. Médico, Dir. das Famílias, Dir. Cooperativo e Compliance em Proteção de Dados Pessoais.

DocuSigned by:

*Rosalia Toledo Veiga Ometto*

DE3D574A67AF416...

# ASPECTOS ATUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL / O MÉDICO, O PACIENTE, A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUAS RELAÇÕES.

Rosália Toledo Veiga Ometto<sup>1</sup>

## Introdução

**A** Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB-SP solicitou a todos os membros, durante as reuniões ordinárias, que produzissem um material destinado aos profissionais do Direito em geral, bem como aos consumidores leigos com o fim de divulgar um conteúdo acessível, em uma linguagem mais próxima do consumidor. O presente artigo tem como tema principal aspectos da responsabilidade civil dos médicos e dos planos de saúde, oferecendo um panorama geral dessas questões no momento atual da sociedade brasileira.

Para introduzir o pensamento, importante destacar um posicionamento de Yuval Noah Harari, quando escreve sobre igualdade: os donos dos dados são os donos do futuro:

Se quisermos evitar que uma pequena elite monopolize esses poderes, que parecem divinos, e se quisermos impedir que a humanidade se fragmente em castas biológicas, a questão chave é: quem é dono dos dados? Os dados de meu DNA, meu cérebro e minha vida pertencem a mim, ao governo, a uma corporação ou ao coletivo humano?<sup>2</sup>

## 1 – Breves considerações sobre responsabilidade

No mundo jurídico a responsabilidade decorre do descumprimento de uma obrigação legal ou ética. O mesmo fato pode ter repercussão em diversos setores: se for um crime, haverá um processo criminal; se for um ilícito civil, poderá haver um processo civil; e, se for questionado junto aos órgãos de classe (no caso dos médicos, o órgão competente é o Conselho Regional de Medicina de cada Estado), haverá um processo ético-disciplinar (se o agente for um funcionário público, poderá haver um processo administrativo); se houver algo relacionado aos dados pessoais do titular haverá processo administrativo perante a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sem prejuízo de apuração de responsabilidade civil na esfera privada do judiciário. Assim, um mesmo evento pode originar todas essas implicações ou não. Depois do advento do Código de Defesa do

<sup>1</sup> Bacharel e Mestre em Direito Civil pela FADUSP, Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Membro efetivo regional da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB-SP. Membro da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do IBDFAM. Atuante em Dir. Médico, Dir. das Famílias, Dir. Cooperativo e Compliance em Proteção de Dados Pessoais.

<sup>2</sup> HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Companhia das Letras. Edição do Kindle, posição 1508.



Consumidor (CDC), tornaram-se mais comuns atualmente processos cíveis indenizatórios. E com a entrada em vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), haverá uma maior atenção, fiscalização e proteção aos dados pessoais dos titulares. O presente artigo tratará de breves considerações sobre a responsabilidade civil, em especial relacionada aos atos médicos, aos atos hospitalares e aos atos dos planos de saúde.

A responsabilidade civil pode ter classificações diversas, baseadas em diversos enfoques. Assim, quando relacionada ao fator gerador (origem), a responsabilidade pode ser **extracontratual**, que é o inadimplemento (não cumprimento) de norma jurídica, ou pode ser **contratual**, que é a inexecução obrigacional, advinda do contrato (não cumprimento de um contrato, que pode ser verbal ou escrito).

A responsabilidade civil quando analisada em função do agente causador (quem realizou o ato danoso), pode ser **direta**, aquela que provém da própria pessoa (por exemplo, o médico que realizou o tratamento do paciente) ou **indireta**, aquela que é derivada de ato de terceiro (por exemplo, responsabilidade do plano de saúde, quando a falha questionada advém de um empregado, ou de um médico credenciado).

Quando se analisa o fundamento jurídico da relação entre o fato e o dano, pode-se ter a responsabilidade **subjativa**, que é a responsabilidade com análise da culpa (imprudência, imperícia ou negligência), ou a responsabilidade **objetiva**, que é a responsabilidade sem análise da culpa (mas com a necessidade da comprovação do fato ligado ao dano ocorrido), e o fundamento será por risco do serviço. A responsabilidade objetiva, dada sua severidade, só pode ser instituída por lei, não se sustentando apenas por opiniões doutrinárias que lhe sejam simpáticas ou por decisões judiciais que a defendam, caso inexistente fundamento legal.

E, com o olhar na proteção de dados, os dados que não forem tratados de forma correta ou gerarem um incidente, podendo ter repercussão econômica e moral, poderá ser analisada como sendo **direta do controlador** (a origem do incidente tenha ocorrido com o controlador dos dados), ou **indireta do controlador**, ou **dos operadores** (a origem do incidente ocorreu nos operadores dos dados), sendo que todos respondem, e o controlador poderá utilizar ação regressiva contra o causador do dano.

Todo fato médico deve ser ligado ao dano, o que se chama de nexos de causalidade, ou seja, é imprescindível que exista a comprovação dessa ponte entre o fato médico e o dano para que haja indenização. Entretanto, se houver algo que rompa essa ligação (nexo de causalidade), não haverá indenização alguma.

Na **responsabilidade subjativa** as possibilidades de rompimento do nexos de causalidade,

que são chamadas de **causas excludentes**, são: prova da técnica correta, risco cirúrgico comprovado e esclarecido, culpa de terceiro, culpa da vítima (normalmente fatores da própria reação do organismo do paciente ou até casos de não cumprimento das diretrizes médicas determinadas para cada paciente, que comprometem a evolução da patologia e do tratamento), caso fortuito ou força maior.

E, na **responsabilidade objetiva**, as **causas excludentes** de responsabilidade são muito mais rígidas e limitadas, em decorrência das normas do Código de Defesa do Consumidor. São apenas duas: quando há prova da técnica correta (que o médico e o hospital fizeram tudo o que era possível e conhecido, tendo o limite da Medicina no tempo de evento, pois as técnicas médicas estão sempre em evolução, e uma técnica ou novos medicamentos surgem. Mas não se pode responsabilizar o profissional, se na época dos fatos ainda não existiam tais medicações, por exemplo) e quando há culpa exclusiva da vítima (como, por exemplo, o paciente não atende as recomendações de repouso absoluto, orientações nutricionais, comportamento específico para o tratamento proposto, o que pode até mesmo levá-lo a óbito em certos casos).

O Código de Defesa do Consumidor tem como regra a responsabilidade objetiva e como exceção a responsabilidade subjetiva. O Código Civil de 2002 trouxe muito mais elementos da responsabilidade objetiva do que o código anterior de 1916, que era muito mais baseado na responsabilidade subjetiva. Contudo, ambas as responsabilidades são muito comuns na área da responsabilidade médica, hospitalar e de planos de saúde. Em geral, a análise da responsabilidade médica é realizada sob o enfoque subjetivo com a análise da culpa, e a responsabilidade hospitalar e dos planos de saúde é efetuada sob a concepção objetiva. Quando estão envolvidos, num mesmo processo, médico, hospital e/ou operadora do plano de saúde, a análise começa pela conduta médica, que é subjetiva, depois se passa para a análise da responsabilidade objetiva do hospital e/ou da operadora do plano de saúde.

Na área de responsabilidade médica, uma análise muito comum é a questão da finalidade das obrigações assumidas pelo agente que realizará o ato médico. Essas obrigações podem ser consideradas **de meio**, em que não se tem um vínculo com o resultado (mas a necessidade do melhor empenho possível. Caso isso não ocorra, haverá falha na prestação do serviço em alguma das modalidades da culpa, quais sejam, imprudência, imperícia ou negligência), ou **de resultado**, em que há um comprometimento com o resultado (sempre que houver uma afirmativa pelo resultado, uma foto de como ele será ou até em decorrência da característica do ato).

A doutrina (os estudos dos pensadores do Direito) e a jurisprudência (que são as decisões dos tribunais) são não unânimes quanto à classificação da especialidade de cirurgia plástica. Enquanto parte significativa entende que é de resultado (José de Aguiar Dias, Caio Mario da Silva

Pereira, Miguel Kfoury Neto, Rachel Sztajn), outra parte, em franco crescimento, a qual eu me filio, entende que mesmo na cirurgia plástica não se pode determinar como será o resultado de um determinado paciente, especialmente relacionado à cicatrização, devendo a especialidade ser atribuída como todas as questões médicas, como sendo obrigações de meio (Ruy Rosado de Aguiar Junior, Nestor José Forster, Giselda Hironaka, dentre outros).

Assim, constata-se que as variações das cicatrizes, inerentes a qualquer ato cirúrgico, seguem padrões que podem ser analisados e comparados, bem como podem evidenciar situações decorrentes da resposta do organismo (consistência, cor e altura) e decorrentes da qualificação do cirurgião (largura, extensão e localização). Com isto é muito mais fácil distinguir o que é orgânico do que é proveniente de atitude do homem, por via de consequência. Há responsabilização quando os padrões técnicos não tiverem sido obedecidos pelo cirurgião.<sup>3</sup>

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem como regra a responsabilidade objetiva e todos os agentes de tratamento (todos os responsáveis pelos dados do titular ou, no caso, o paciente) têm obrigações determinadas por lei, sendo a única exclusão a comprovação que não houve incidente, ou mitigar as sanções com a demonstração da rede de proteção realizada e que fez todas as maneiras para diminuir ao máximo possível os danos e suas consequências, tais como vazamento dos dados ou mesmo da perda deles. E a guarda de dados pode ser considerada, também, uma obrigação de resultado.

## 2 - Elementos da responsabilidade civil: ato ilícito; dolo, culpa e risco; nexos de causalidade; dano patrimonial e moral

A responsabilidade civil tem como elementos necessários: **ato ilícito**, que está eivado de **dolo ou culpa**, ou mesmo dentro do limite do **risco** da atividade, vinculado ao **dano**, que pode ser patrimonial ou moral, através do **nexo de causalidade**.

O ato que gera a responsabilidade civil é sempre um ilícito, ou seja, é uma **ação** ou **omissão** de um agente, contrária ao que a legislação contempla para a questão. Esse agente pode ser uma pessoa física, por exemplo, um médico por **ação direta**, ou um representante da pessoa jurídica, ou um profissional da saúde (por exemplo, enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas, nutricionistas que são empregados dos hospitais), ou uma **ação indireta**, como um agente administrativo (por exemplo, administrador, gerente que nega um atendimento específico no plano de saúde), pelo qual responde a pessoa jurídica empregadora. Se essa ação ou omissão for contra a

<sup>3</sup> OMETTO, Rosália Toledo Veiga. Responsabilidade civil do médico cirurgião. Ometto Sociedade Individual de Advocacia, Edição Digital, 2019 fac simulada da 2ª edição, 2007, p. 223/224.

legislação, como no Código Civil ou no Código do Consumidor ou na Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) ou na Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), entre outras, haverá um ato passível de responsabilização e a consequente indenização do usuário, do paciente ou de seus sucessores.

A análise da ação ou da omissão será a partir de duas vertentes, como acima exposto: a primeira, se a atuação for do profissional liberal, como o médico, será de **responsabilidade subjetiva**. Para tanto é necessário se analisar para se confirmar ou não que tenha agido com **dolo** (que se configura pela intenção de prejudicar), ou com **culpa** (considerada um erro de conduta), sendo que na área cível a culpa não precisa ser grave como no crime, mas a culpa leve já é condenável. Na culpa há três faces possíveis de serem verificadas: a **negligência** (é o ato em que se constata o desleixo, é o não fazer, mas que deveria ser feito), **imprudência** (é o ato de se fazer o que não deveria ser feito) e a **imperícia** (é o ato de incompetência, o de ser feito errado).

A segunda vertente, da **responsabilidade objetiva** é pela análise do fato pela característica do serviço prestado ou do produto oferecido, que envolve uma atividade de **risco** (que é perigo, que é probabilidade de dano). O risco é advindo da própria natureza do negócio, ou seja, na legislação do consumidor, os pacientes e os usuários de planos de saúde estabelecem a responsabilidade pelo defeito do serviço ou do produto. Na proteção de dados pessoais, o risco está no uso e cuidado com objeto tutelado (dados pessoais) pelo controlador (a quem os dados dos titulares estão sob custódia). Através da teoria do risco, da questão da atividade desenvolvida, como são as dos hospitais e as dos planos de saúde, pode-se afirmar, como Sérgio Cavalieri Filho descreve, que:

Se risco é perigo, é mera probabilidade de dano, não basta o risco para gerar a obrigação de indenizar. Ninguém responde por coisa alguma só porque exerce atividade de risco, muitas vezes até socialmente necessária. Também aqui será necessário violar o dever jurídico. A responsabilidade surge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico, qual seja, o *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco.

Com efeito, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa (...).<sup>4</sup>

Para que haja responsabilidade é necessário também que haja um **dano** (um prejuízo). Esse dano pode ser um **dano patrimonial** (em que há lesão do seu patrimônio, de natureza econômica)

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 2007, p.131

ou um **dano moral** (que é uma lesão ao seu patrimônio não econômico, pois atinge direitos da personalidade).

Os **danos materiais**, ou **patrimoniais**, devem sempre ser comprovados por documentos (notas fiscais, recibos, extratos bancários, comprovantes de renda, atestados de afastamento das atividades laborativas, por exemplo) e podem ser divididos em dois tipos: danos emergentes (gastos que efetivamente ocorreram, como remédios, tratamentos, próteses e consultas pagas) e os lucros cessantes (valores que a vítima deixou de receber em decorrência do fato ocorrido e que em condições normais receberia). A função da indenização do dano material é reparatória (compensar em valores, e voltar à situação econômica como antes do evento ilícito).

Os **danos morais** são lesões ao patrimônio não econômico, aos seus **direitos de personalidade**<sup>5</sup> (direitos relacionados ao âmago das pessoas), com repercussão significativa na vida do paciente (uma dor moral, uma dor física, constrangimento, vergonha, humilhação, reputação, por exemplo) e não um mero aborrecimento. A função da indenização do dano moral é de caráter compensatório, de desestímulo ao lesante, sancionatório e também preventivo ou dissuasório. Os direitos da personalidade, nas palavras de Silmara Juny Chinellato:

Direitos da personalidade são ‘as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, seus prolongamentos e projeções’ (Rubens Limongi França). A classificação fundamental segundo o autor é: direito à integridade física (à vida, ao corpo vivo e morto, a partes separadas do corpo); à integridade intelectual (liberdade de pensamento, direito de autor, de inventor, de esportista); à integridade moral (liberdade civil, política e religiosa, honra, honorificência, recato, imagem, segredo, identidade pessoal/nome, familiar e social).<sup>6</sup>

E para ser comprovada a responsabilidade civil, o fato gerador, uma ação ou omissão de uma pessoa (física ou jurídica), que provoca um dano, quer material ou moral, num paciente ou num usuário de plano de saúde ou num titular de dados pessoais, deverá haver a ligação entre o evento e o dano, ou seja, há necessidade de se estabelecer o **nexo de causalidade**. Se houver a comprovação de qualquer das excludentes de responsabilidade com o acima mencionado, não

<sup>5</sup> FARIA, Thaís S. Artibale. A proteção de dados como direito da personalidade. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.) *Direito Exponencial*. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 470. Thaís Stella S. Artibale Faria, destaca o seguinte: “Os direitos da personalidade não possuem um fim em si mesmo, sendo possível esticar o seu espectro protecionista diante das mudanças socioeconômicas, como no caso do manancial de dados pessoais produzidos e fornecidos pelo ser humano. Assim, eles não se limitam a situações previstas no Código Civil, podendo ser reconhecida a proteção dos dados pessoais como um novo direito da personalidade”.

<sup>6</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao art. 11 do CC (dos direitos da personalidade). In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; \_\_\_\_\_. (Coords.) *Código Civil Interpretado artigo por artigo*. 13 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020, p. 116.

haverá indenização a ser paga pelo réu ao autor de uma ação de indenização.

O **nexo de causalidade** é um fator determinante para que seja atribuída a responsabilidade ao agente pelo dano ao lesado (no caso paciente, usuário de plano de saúde ou titular de dados pessoais), sendo fundamental a narrativa dos fatos ligando os assuntos, os danos decorrentes desses fatos, estabelecendo quem são os seus autores, e as suas consequências (danos sofridos).

### **3 – Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei dos Planos de Saúde e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**

As quatro maiores referências legislativas para as questões envolvendo responsabilidade civil dos médicos e dos planos de saúde são o Código Civil (2002), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018).

Uma grande mudança prática na sociedade brasileira dos últimos anos ocorreu com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, no início da década de 1990, em que o consumidor, no caso o usuário de plano de saúde e o paciente, recebeu uma legislação garantista com direitos e oportunidades mais equilibradas para discutir essa prestação de serviços, pois, em razão da complexidade da matéria, o consumidor não tem a mesma possibilidade de provar fatos relacionados à medicina ou às questões ligadas à área de planos de saúde, sendo por esta razão considerado vulnerável tecnicamente e ainda, se for carente de recursos financeiros, também pode ser considerado hipossuficiente econômico, especialmente em comparação às grandes empresas que passaram a atuar no setor.

A regra básica do Direito é que quem alega tem que provar, mas pelos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor há uma inversão da questão de quem tem que provar, e, se for pedido pelo consumidor, o juiz poderá inverter o ônus da prova, ou seja, o médico ou o hospital ou o plano de saúde é que terão que provar a sua não culpa, ou que estavam corretos naquela situação específica.

O Código de Defesa do Consumidor<sup>7</sup> trouxe outras grandes novidades, sobretudo na questão dos princípios de Direito que devem ser observados, senão poderá haver uma responsabilização. Destaca-se o princípio da transparência nos contratos, ou seja, as relações entre pacientes e médicos, usuários e planos de saúde precisam ter regras bem estabelecidas, informações claras e compreensíveis para o consumidor e, no caso de procedimentos médicos, deverá haver um consentimento esclarecido do paciente ao médico, podendo ser verbal, com sugestão de gravação

<sup>7</sup> CDC. Em destaque: arts. 2º, 3º, 6º, 14, §4º, 34.



consentida, mas de preferência por escrito.

É dever do médico informar o mais amplamente possível sobre o tratamento proposto e, sobretudo, sobre os riscos. É direito do paciente perguntar e obter informações antes de se decidir sobre um determinado procedimento médico. É dever do plano de saúde informar as coberturas, o tipo de atendimento (se ambulatorial, se hospitalar ou se obstétrico), tipo de acomodação (quarto coletivo, quarto individual), rede assistencial (principalmente quais hospitais compõem o plano escolhido), quais as formas de reajuste do plano, quais as contraprestações, se o plano é compartilhado nos custos pelo usuário. Se houver uma negativa ao pedido de atendimento, de cobertura ou de qualquer outro tipo questionamento, deverá ser por escrito. É dever de todos os agentes de tratamento (médicos, hospitais, planos de saúde, governo) informar como os dados do titular (paciente) estão armazenados e como sendo tratados.

O Código de Defesa do Consumidor dá ênfase também para a questão da relevância da marca, do nome e conceito do plano de saúde para o consumidor na hora da escolha e da responsabilidade que isso gera à operadora<sup>8</sup>. As operadoras devem avaliar e compor essas informações na análise de risco do negócio e do seu impacto em eventuais ações de indenização por descompasso entre o que é veiculado na mídia e o que é oferecido na prática para o consumidor. Grandes operadoras de planos de saúde têm uma cadeia de prestação de serviço muito grande e precisam igualmente de organização adequada para minimizar riscos.

O Código Civil de 2002<sup>9</sup> é considerado com muito mais enfoque na responsabilidade objetiva do que se comparado no enfoque subjetivo das responsabilidades elencadas pelo revogado Código Civil de 1916. No código vigente tem-se a teoria da culpa e a teoria do risco criado coexistindo e há a possibilidade de gradação da culpa, merecendo destaque também os princípios da função

<sup>8</sup> STJ RECURSO ESPECIAL nº 866.371 RS (2006/0063448-5). Relator: Ministro Raul Araújo 4ª Turma Julgamento: 27.03.2012. “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como agastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido.”

<sup>9</sup> CC, artigos em destaque: 186, 403 (dano direto, direto da chance e não do fato), 927 (gradação da indenização), 932 (empregado), 933, 934, 944 e 951.

social e da boa-fé nos contratos, que significam, respectivamente, relações jurídicas equilibradas e a manutenção de um permanente dever de lealdade e transparência entre as partes.

A Lei dos Planos de Saúde (Lei 9656/98) teve um papel fundamental na regulamentação dos planos de saúde, trazendo uma possibilidade de maior amplitude de direitos aos usuários, com regras gerais mais delimitadas para todos os consumidores, estabelecendo critérios norteadores de coberturas (cujo rol de procedimentos é revisto e ampliado de forma constante), direitos e deveres. A lei e as normativas dela decorrentes impuseram um limite ao direito de contratar das operadoras, que tiveram que se especializar nas questões regulatórias ditadas pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão responsável pelas normatizações e pelas fiscalizações do setor. A grande dificuldade do consumidor e do julgador é que as normativas da ANS e a própria legislação são muito esparsas. A sugestão das operadoras é no sentido de que poderia haver um esforço para uma compilação dessas normas, tal como ocorreu com a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Isso facilitaria a dinâmica dos agentes envolvidos e as decisões seriam mais técnicas e menos subjetivas ou com base no drama inevitavelmente envolvido nas questões médicas e nas questões de planos de saúde.

A universalidade do atendimento à saúde é contemplada pela Constituição Federal<sup>10</sup> de 1988, como um princípio garantidor de direito social a todos no Brasil, porque há o princípio da igualdade para os cidadãos e os residentes no Brasil e é um dever do Estado. O SUS – Sistema Único de Saúde hoje atende a toda a população brasileira e os estrangeiros residentes<sup>11</sup> e, certamente, foi o grande responsável para que a calamidade pública da Covid-19, não fosse ainda pior, pois mais de 75% (setenta e cinco por cento) da população dependem exclusivamente do SUS<sup>12</sup>.

E mais uma grande mudança, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), pois a mudança de paradigma é evidente nessa sociedade disruptiva, em que novos modelos de negócios e de respaldo jurídico estão acontecendo.

O ponto focal da mudança com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) é que o titular dos dados pessoais (pessoas naturais, ou seja, pessoas físicas vivas, que podem ser consumidores, pacientes) ou responsáveis por menores de idades terão a possibilidade de saber

<sup>10</sup> CF. Em destaque: arts. 5º, 6º, 23, I, 30, VII, 194, 196, 199, 200.

<sup>11</sup> Site do Ministério da Saúde considera o SUS um avanço. “Conforme a Constituição Federal de 1988 (CF-88), a ‘Saúde é direito de todos e dever do Estado’. No período anterior a CF-88, o sistema público de saúde prestava assistência apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, aproximadamente 30 milhões de pessoas com acesso aos serviços hospitalares, cabendo o atendimento aos demais cidadãos às entidades filantrópicas.” Acesso em 26.06.20. Disponível em <http://saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>.

<sup>12</sup> Portal ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Em abril de 2020, o total de beneficiários de planos de saúde no Brasil correspondia a 24,2% da população (vinte e quatro ponto dois por cento). Acesso em 26.02.20. Disponível em <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>.



como seus dados foram tratados, utilizados e para que finalidade, devendo ser estritamente para o fim estipulado no momento da coleta dos dados pelo controlador (qualquer pessoa física ou pessoa jurídica que tenha finalidade comercial), com garantias e sanções de que não serão comercializados à revelia do titular, nem armazenados de forma precária, nem serem manipulados em desconformidade com a finalidade vinculada às bases legais permitidas em lei. As regras básicas do direito do consumidor também abarcam todos os dados pessoais.

Gustavo Tepedino e Chiara Teffé refletem o seguinte:

A partir do desenvolvimento de tecnologias cada vez mais sofisticadas para o tratamento de dados, da maior aplicação da inteligência artificial em sistemas e processos e da ampliação da capacidade de armazenamento de informações, mostrou-se urgente a edição e a atualização no que concerne à proteção da privacidade e dos dados pessoais, especialmente no que tange aos dados sensíveis e aos dados de crianças e adolescentes. A tecnologia expande o alcance da memória humana, registrando o paradeiro, o itinerário, as referências geográficas e biomédicas, a origem e o destino de cada um, bem como as pessoas com quem se estabelece qualquer tipo de relacionamento, as preferências de consumo, as idiossincrasias. Para melhor tutela dos direitos fundamentais, há que se definir quando, onde, como e para que fins poderão ser colhidas informações pessoais, restringindo-se o seu tratamento como ativo comercial ou expressão de poder político do Estado. Nas últimas décadas, a privacidade vem sendo gradualmente compreendida como direito de manter controle sobre as próprias informações, passando a fazer referência à possibilidade de a pessoa natural conhecer, controlar, endereçar e, até mesmo, interromper o fluxo das informações a ela relacionadas. Abriu-se, assim, espaço para a chamada autodeterminação informativa, que representa a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos a ele.<sup>13</sup>

A disruptura está na conscientização e na valorização da pessoa humana como sujeito de direitos, com obrigações muito definidas para o guardião desses dados, os controladores (quem coletou os dados diretamente do titular, com finalidades específicas) e os operadores (quem manipula os dados com as diretrizes do controlador). O risco não está mais no negócio realizado entre o titular e o controlador, mas na custódia desses dados independentemente e além do tipo de negócio.

O titular tem direito de ser informado pelos controladores quais são os dados que estão sob sua custódia e para quais finalidades estão sendo utilizados, e, se não houver uma base legal para o controlador manter esses dados e para as finalidades específicas (quando, por exemplo, houver um contrato entre as partes de prestação de serviços médicos, ou de serviços de saúde, ou relação de emprego, ou o consentimento para publicidade), o titular poderá requerer a exclusão de seus

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo e TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais no LGPD. In: \_\_\_\_\_, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 291."

dados da custódia do controlador e, se a base for do consentimento apenas, este poderá ser revogado.

E, no caso de o controlador ter uma base legal que necessite dos dados pessoais para realizar o combinado com o titular, como nos contratos de plano de saúde, o titular não tem como solicitar sua exclusão. Entretanto, com relação ao consentimento de publicidade, este poderá ser revogado a qualquer tempo. Outra situação possível é se o controlador vender os dados para outras finalidades que não vinculadas ao contrato de prestação de serviços médicos, e ou deixar vaziar os dados quer na web ou no submundo da internet, por exemplo, serão responsabilizados porque houve desvio de finalidade, descuido e danos causados.

Para José Renato Nalini, o enfrentamento da questão passa pelo turbinamento dos direitos do paciente, o que se traduz nas seguintes palavras:

A era da transparência reclama criatividade e mesmo ousadia. Nada impede, tudo recomenda, se estimulem práticas de prevenção de litígios. Assim como a de o médico interagir de fato com o paciente, informando-o, esclarecendo dúvidas e abrindo um conduto de comunicação que importa, em última análise, em alavancar a implementação dos direitos do paciente e aplainar o caminho de precaução de conflitos. (...) Em síntese, se os pacientes tiveram os seus direitos turbinados pela nova normatização da ética na Medicina, eles não podem se esquecer de que a turbinagem – aqui utilizada no sentido de potenciamento – atua também para intensificar seus deveres. Ambos – médico e paciente – merecem tratamento condigno. Ambos são seres humanos. Ambos convergem na pretensão enfocada: a recuperação do direito fundamental essencial à saúde em plenitude.<sup>14</sup>

Enfim, o foco principal dessas normativas relacionadas ao tema responsabilidade civil do médico e dos planos de saúde é a valorização do ser humano, destacado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

#### 4 – Teoria da perda de uma chance. Breves considerações

A teoria da perda de uma chance tem origem na França, na década de 1960, e guarda uma certa relação com o lucro cessante, pois a conduta de outrem faz desaparecer a probabilidade de possível benefício futuro para a vítima. A princípio, não foi pensada para a área médica, mas sim para casos com possibilidade de constatação da perda dessa oportunidade, com consequências mais diretas, como, por exemplo, uma chance perdida em carreira artística, em carreira militar, em arrumar um emprego melhor.

<sup>14</sup> NALINI, José Renato. Os Direitos Turbinados do Paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). *Direito do Paciente*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 84-85.

A teoria da perda de uma chance foca na vantagem perdida, que deve ser uma chance séria e real, a qual proporciona ao lesado uma perda por uma situação futura esperada. Com isso, a indenização deverá ser pela perda da vantagem e não pela perda de ganhos, com aplicação do princípio da razoabilidade.

Se a doutrina brasileira começa a analisar a aplicação da teoria para a área médica, a jurisprudência ainda não consolidou um posicionamento, especialmente na forma de avaliação da indenização da chance perdida, ora determinando-a proporcionalmente ao prejuízo experimentado pela vítima<sup>15</sup>, ora indenizando a chance perdida em si<sup>16</sup>.

Entretanto, há críticas em relação à sua aplicação, especialmente porque as questões médi-

<sup>15</sup> RECURSO ESPECIAL nº 1.254.141 - PR (2011/0078939). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgamento, 04.12.12. DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a contro- vérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada."

<sup>16</sup> RECURSO ESPECIAL nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – 3ª Turma. Julgamento: 14.11.2017. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico. 4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de avar as consequências normais que dele se poderia esperar. 7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. 8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida. 9. Recurso especial não provido."

cas dependem da resposta do organismo de cada indivíduo. Importante considerar que a medicina trabalha com a *alea*, com o imponderável, e que possíveis erros que poderiam originar a perda de uma chance seriam, na realidade, frutos de imprudência, o de se fazer o que não se devia, comuns em determinadas situações, como em cirurgias complexas.

Em relação a essa matéria, destaca-se o posicionamento de alguns doutrinadores sobre a matéria. Para Sérgio Cavaliere Filho:

a chance perdida deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser da chance, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não dos ganhos perdidos. Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a *perda de uma chance de resultado favorável no tratamento*. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência.<sup>17</sup>

Destaca Flávio Tartuce que a chance deve ser séria e real:

a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. (...) essa chance deve ser séria e real.<sup>18</sup>

Rui Stoco chama a atenção que não se dispensa o nexo de causalidade na responsabilidade na teoria da perda de uma chance:

Segundo a doutrina unânime e pacífica em todo o mundo, não se dispensa o nexo de causalidade, de natureza fática, que ligue a conduta do agente ao resultado danoso.

Neste caso poderá ter ocorrido um ato ilícito, um comportamento antijurídico que ofenda o direito preexistente e um resultado danoso; mas, não se estabelecendo uma ligação entre o autor da ação e o resultado, não se poderá responsabilizá-lo.<sup>19</sup>

Rafael Peteffi Silva estudioso da matéria destaca o seguinte:

Inicialmente vale ressaltar que as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente que sofre de um câncer incurável pode manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., 2007, p. 75.

<sup>18</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade civil*. v. 2, 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 422.

<sup>19</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 771.

A verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão do grau do que de natureza. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances. No entanto, podem-se traçar algumas características gerais, que auxiliam o aplicador do direito em um discernimento mais seguro e menos casuístico sobre a eventualidade do dano.<sup>20</sup>

Por ser relativamente recente, aqui no Brasil, a aplicação da teoria da perda de uma chance exige estudo e cautela por parte dos seus aplicadores, a fim de evitar distorções como as apregoadas por quem critica a chamada “indústria” do dano moral. A verificação da responsabilidade civil é uma das maiores seguranças para o indivíduo, contudo, não há somente a vítima, há também a parte contrária, em geral os médicos, que trabalham com o imponderável, com a evolução da medicina, com a limitação de recursos (pois muitas vezes, na localidade em que o caso ocorre, não há recursos disponíveis e o médico tem a sua atuação seriamente comprometida).

O caso concreto precisa ser muito bem investigado, com produção de provas técnicas (perícias médicas) de qualidade e não laudos apressados, que mais atrapalham do que ajudam o juiz, pois não esclarecem as dúvidas técnicas. Os magistrados precisam cobrar dos peritos médicos laudos mais esclarecedores, que tragam fundamentos técnicos, com análises científicas descritas, comprovadas e citando fontes, e não apenas uma opinião do perito. Os magistrados podem se valer da medicina baseada em evidência, que tem estudos variados e de alta qualidade técnica, muito superiores à opinião de um indivíduo apenas.

## 5 – Ações de indenização

As ações de indenizações ligadas ao ato médico/hospitalar e atos dos planos de saúde tiveram um aumento muito considerável depois do advento do Código de Defesa do Consumidor e após o surgimento da Lei dos Planos de Saúde (Lei 9656/1998). A sociedade passou a ter mais consciência dos seus direitos e a exigir contraprestações por atos danosos. Contudo, também houve um excesso de questionamentos exagerados em muitos casos, com pedidos muito altos especialmente em relação ao dano moral.

A crítica é que a parte autora, normalmente respaldada pela gratuidade ao acesso à Justiça, com alegação de pobreza, não arcava com nenhum ônus, não haveria nenhum custo para mover

<sup>20</sup> DA SILVA, Rafael Petelli. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coord.) *Questões controvertidas no novo Código Civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 458.

uma ação e nenhuma sucumbência no final, se não fosse positiva sua propositura. É a chamada indústria do dano moral e a judicialização da saúde. Está havendo um pequeno progresso no equilíbrio dos valores atribuídos, e os juízes estão começando a cobrar que a parte prove sua condição de miserabilidade para que haja a concessão do benefício da justiça gratuita. Contudo, sobretudo com a questão da pandemia da Covid-19, houve aumento significativo de ações relacionadas ao atendimento de saúde, um caos na saúde (porque os esforços nunca serão suficientes para o volume dos casos com aumentos diários desenfreados) e um caos no judiciário (porque o volume de processos já é insano; com o aumento ainda pela calamidade pública, das demandas em todos os setores da vida, não há estrutura suficiente para dar conta de soluções de conflitos com qualidade e com rapidez que se espera).

Há dois tipos em geral de ações de indenização ligados à área da saúde: uma ligada ao chamado “erro médico/hospitalar” e outra relacionada a questões administrativas dos planos de saúde (normalmente problemas relacionados com cobertura de procedimentos, abrangência da rede assistencial e divergências sobre reajuste de valores). Hoje, por conta da pandemia da Covid-19, há o aumento significativo de medidas antecipadas para garantia de insumos para os profissionais, para testagem em não sintomáticos, até de garantia antecipada de vagas de UTI.

São ações de alta complexidade em função da matéria envolvida e pelo drama sempre presente, pois quando se individualiza um determinado atendimento, as questões sempre são dramáticas porque envolvem doenças graves, perdas e até morte, que nenhum ser humano está preparado para enfrentar, especialmente de entes queridos. Essas dores são potencializadas se há fatores externos complicadores, que, em geral, decorrem de comunicação falha entre as partes envolvidas. E com fatores não esclarecidos, a condenação é o caminho que as pessoas procuram para tentar diminuir suas dores, que nem sempre são atribuíveis aos médicos. Mesmo se ganham indenizações, não diminuem suas dores.

Ainda assiste-se a um aumento na demanda para análise do atendimento de pacientes vítimas da Covid-19, com muita dificuldade de comprovação pelo estado da técnica em relação à doença, em relação aos insumos necessários que foram absolutamente insuficientes para a população mundial, e, também, o contraponto entre as normativas governamentais caóticas, contraditórias, bem como a falta de adesão da população, bem diferente do que em outros países. Isso tudo será algo muito mais difícil de ser resolvido na prestação jurisdicional ou em eventual processo disciplinar.

Na prática, observamos que o melhor sempre é tentar atitudes preventivas e gestão de processos em conformidade com o melhor do compliance (boas práticas) em saúde, especialmente melhorando a comunicação, o médico informando mais, o paciente perguntando mais, o paciente



cobrando posicionamento dos hospitais e mais tranquilidade geral. Os planos de saúde e hospitais devem rever seus processos, adotando melhores práticas, uma boa oportunidade para também estar em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Contudo, se o problema já tiver ocorrido, é necessário que haja intermediadores capazes de escutar os problemas e tentar compor os conflitos com o melhor que a Justiça pode oferecer: advogados de ambas as partes familiarizados com a matéria, juízes assessorados por peritos médicos competentes e bem preparados, e que tenham a possibilidade de acesso a Juntas Médicas conforme o CNJ – Conselho Nacional de Justiça recomenda, dentre outras soluções de conflitos possíveis, tal como a mediação, por exemplo.

As ações de indenização por “erros médicos/hospitalares” costumam durar quase uma década, com aumento de crises e dores para os envolvidos, enquanto todos sentem que a satisfação que se busca do Judiciário, especialmente do ideal de justiça, é esvaziada. É preciso que o Poder Público invista em formação de pessoal, de tecnologia para dinâmica processual, de formação de Juntas Médicas e de Peritos Médicos realmente capazes, e nisso os Conselhos Regionais de Medicina poderiam ser parceiros do Judiciário. Formação de varas especializadas no complexo tema da saúde e, sobretudo, de mais juízes e funcionários para acolher a demanda sempre crescente, e ter uma visão disruptiva para busca de novas soluções.

E a outra vertente das ações relacionadas à saúde diz respeito aos planos de saúde, muitas vezes envolvendo assuntos relativos à amplitude de cobertura de procedimentos, de rede assistencial e de variação dos reajustes dos planos e faixas etárias. Na prática, há necessidade de ações relacionadas aos planos de saúde que precisam fazer melhor sua lição de casa, que é de esclarecer mais adequadamente seu usuário sobre os limites de seus direitos, ser transparente, e, de forma sistemática, acolher o usuário e lhe dar retorno a respeito de dúvidas, esclarecendo, por escrito, negativas de liberação de coberturas de procedimentos médicos específicos.

Em geral, esses questionamentos sobre coberturas são sobre determinados exames de alta complexidade, medicações que estão fora dos protocolos ANVISA, e, portanto, considerados experimentais, e de materiais especiais, como órteses e próteses - a problemática das próteses nacionais, nacionalizadas e as importadas, ou que seja indicada uma determinada marca ou distribuidora. A realidade das órteses e próteses é que os preços são muito diferentes, os fornecedores cobram de acordo com o destinatário, a chamada “máfia” das órteses e próteses, que já estão sob investigação. Há que se dar um basta nessa distorção absurda de valores que compromete, sobretudo, a população, pois o custo altíssimo vai impactar a amplitude de coberturas e acessos mais amplos para mais pessoas. A utilização do mecanismo de Junta Médica para casos em que o médico assistente solicita um procedimento e/ou material e o auditor da operadora não concorda,

pode ser instaurada através de uma Junta Médica em que um médico auditor desempatador dará sua definição técnica, dentro das normativas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde – ANS.

Os grandes hospitais, em grandes centros populacionais, em geral têm a capacidade para realizar procedimentos de alta complexidade e possuem equipes médicas especializadas. Contudo, utilizam-se dessa pouca concorrência para estabelecerem uma tabela própria de valores de medicamentos, materiais comuns e especiais, em alguns casos excessivamente superior ao valor de compra ou até mesmo da tabela utilizada pelos hospitais em geral, que já costumam ser altas. Essa distorção vai gerar uma quebra no sistema de saúde suplementar, porque os planos de saúde têm limitações de cobranças, inclusive pelo aumento exponencial das liminares obtidas, mesmo que o usuário nem sempre tenha direito a determinado procedimento, e com custos altíssimos.

A crítica que se faz em relação às liminares é no sentido de que o Judiciário concede a liminar ordenando o plano custear o tratamento que, se não tiver cobertura, já terá sido pago pelo plano ao hospital. Essa distorção poderia ser equalizada se o Judiciário desse a liminar e o pagamento só fosse viabilizado no final da ação, onde as partes envolvidas e até o hospital, como interessado, poderia figurar. Se o autor realmente não tiver direito pelo que contratou com o plano, o hospital teria que receber do paciente, ou do Estado, porque a este é atribuído o dever de saúde integral do indivíduo.

Com isso, o paciente teria sua saúde preservada, o plano poderia ter todo o processo para apresentar sua argumentação sobre o porquê de não ter liberado a cobertura e o hospital iria receber de alguém, quer do plano (se este tivesse errado e o paciente realmente tivesse razão); quer do paciente, que arca com suas responsabilidades; quer do Estado, que arcaria pela universalidade de atendimentos. Os médicos teriam muito mais parcimônia na indicação de procedimentos, o paciente questionaria mais a necessidade real de tais procedimentos de alto custo em determinados hospitais e em determinadas cidades e os hospitais teriam mais cuidado com suas tabelas de valores, adequando-as à realidade brasileira. Isso deve ser considerado porque muitos desses hospitais são filantrópicos e não deveriam ter o lucro como meta, mesmo assim, apresentam vultuosos balanços anuais, publicados em seus próprios sites. É de se questionar valores tão expressivos, pois quem atua na área sabe das tabelas de preços próprios – muitas vezes com valores elevados – e restritas possibilidades de negociação. O juiz faria o que lhe é intrínseco, garantiria as liminares e poderia decidir com base em uma instrução processual robusta e não somente pelo contexto pessoal – geralmente dramático - ou pela gravidade e urgência que, muitas vezes, leva à concessão das liminares.

Outro fator a que se considerar é que o SUS – Sistema Único de Saúde, tão evidenciado na pandemia da Covid-19, está há anos sendo sucateado, com verbas diminuindo e repasses nem



sempre chegando ao seu destino. E quem mais depende do SUS é a maioria da população, a mais desfavorecida, a mais excluída da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos, mas na prática nem sempre da melhor forma para a população. Pela grande quantidade de desvio de verbas públicas, há que se ter mais transparência, há que se ter mais cobrança efetiva para população mais privilegiada em lutar pelos menos favorecidos, se valer de suas melhores oportunidades para cobrar dos governos mais transparência no uso dos recursos públicos. Aos juízes cabe lembrar a possibilidade de destinação das multas processuais a entidades idôneas, de preferência da mesma comarca, para consecução da saúde, para consecução da educação, entre outros.

Assim, o Estado deve ser cobrado por políticas públicas de saúde efetivas. O Poder Judiciário deve ser cobrado pela maior segurança aos pacientes, e o efetivo direito de ampla defesa das partes envolvidas para que não haja distorções, como a dos preços sem qualquer lastro, e uma análise criteriosa para compor a atribuição de valores de danos morais ou relativos à perda de uma chance.

## **6 – Relacionamento entre operadoras de planos de saúde, médicos e pacientes: crise instalada**

A saúde no Brasil enfrenta crise em todos os seus setores, com falta de recursos, verbas não distribuídas corretamente ou desviadas, superfaturamento de materiais e de procedimentos, falta de pessoal qualificado, problemas administrativos, ingerência política, na forma de um círculo vicioso que conduz ao descrédito da população no sistema, especialmente naquelas entidades que deveriam ser a tranquilidade em momentos de maior aflição (dor e doença sempre trazem desconforto, aflição, desorganização e desestruturam, em maior ou menor grau, os indivíduos envolvidos), e a desconfiança latente no médico que fará o tratamento, tudo isso ampliado pelas consequências da pandemia da Covid-19 com muitos efeitos na área da saúde e na área econômica, que envolvem a todos. O ideal seria o indivíduo buscar auxílio em instituições que lhe dessem acolhida e organizassem as necessidades reais do ser humano envolvido, que deveria estar plenamente confiante naquele a quem ele entrega sua vida, o médico. Infelizmente, isso não ocorre atualmente.

Esse círculo vicioso tem origem na falta de comunicação clara dos agentes envolvidos. O mundo vive um excesso de exposição de informações de todos os tipos diante da realidade da internet e suas conexões; contudo, o ser humano nunca esteve tão desconectado do outro ser humano, com grandes e graves dificuldades de interação. O plano de saúde não informa o suficiente, o médico tem que atender milhares de consultas para sobreviver na profissão e progredir na carreira; o paciente, muitas vezes mal atendido na recepção, já chega desconfiando do médico, com todas as informações colhidas no “Dr. Google”, e também não tem mais paciência de aguardar o desen-

rolar dos trâmites: exige resposta em “tempo real”, com a mesma velocidade da internet, e mais o caos gerado pela pandemia da Covid-19. Isso gera insegurança e conflitos múltiplos.

Há um grande descompasso na questão dos recursos, tanto de tempo, quanto de burocracia. Tudo atualmente tem que ser escrito, documentado, notificado, protocolado, há pouco espaço para a seriedade da palavra e das ações. E isso tem um custo, em geral baixa qualidade de atendimento, insatisfações das mais diversas possíveis, de todos os lados.

A tecnologia e a evolução da Medicina também contribuem para um aumento da relação satisfação e insatisfação, porque o consumidor não mais se contenta com um simples raio X. Ele quer uma ressonância magnética, por exemplo, e não acredita no médico que narra que o raio X, para aquele caso, é o mais indicado, ou não acredita quando a auditoria do plano de saúde nega o procedimento porque ele não é o mais indicado, não somente por custo, mas por indicação ou evidência médica mesmo. A indicação dessa ou daquela medicação é criticada, às vezes o paciente já chega com a prescrição para o médico lhe passar, e isso não é medicina de verdade.

Nas áreas de materiais especiais, tais como as órteses e próteses, ou medicamentos e procedimentos de alto custo (como os oncológicos), há um descompasso com os custos, com graves problemas de desvios e de superfaturamentos, com materiais apresentando variações desproporcionais entre o custo de compra e o repasse de preços. Subsistem denúncias de que órteses e próteses em determinados casos teriam valores diversos dentro do mesmo distribuidor, dependendo do comprador final, e que a indicação desses materiais e medicamentos, por vezes, remuneraria o médico ou a instituição que dela se utilizar ou indicar, práticas que o setor médico e também o Poder Público há muito enfrenta investindo em melhores práticas de governança, fiscalização e até operações investigativas. Enquanto essa realidade perdurar, entretanto, os custos reais são acrescidos ao custo da realidade da “fatia do bolo”, ou seja, o bolo precisa ser cada vez maior para dar conta de ser fatiado entre todos os envolvidos. Quem arca com esse custo é o plano de saúde e, no final da ponta, o consumidor.

A única chance de melhora é através da valorização do profissional médico, com o pagamento justo de seus honorários, desestimulando a busca das “vantagens”. É o repensar da ética pela classe médica, questionando verdadeiramente as implicações dessa política nefasta de desvio de recursos e apadrinhamento de alguns, bem como a necessidade de assumir suas responsabilidades quando da indicação de tratamentos sem verificar opções de menor custo para todos os envolvidos, aumentando a fomentação dos litígios entre pacientes e planos de saúde ou de pacientes e outros médicos, sem procurar antes tentar uma composição e o encaminhamento para uma solução dos problemas do paciente, que sempre é o melhor para o usuário e para o doente. É também uma chamada de responsabilidade em relação ao consumidor, que deve reclamar e buscar seus

direitos, mas também para assumir seus deveres e obrigações.

Nesse cenário todo, o Judiciário tem a possibilidade de fazer a diferença, através da atuação de juízes especializados na matéria, mas também com a participação de advogados com conhecimento mais adequado para auxiliar o paciente, o usuário, os médicos e as empresas do segmento de saúde. Poderia haver um maior incentivo para a busca de outros tipos de solução de litígios, como a mediação e arbitragem. Abusos como os praticados pelas combatidas “máfias” das OPMEs (órteses, próteses e materiais especiais de alto custo) devem ser coibidos, assim como fiscalizadas as operadoras de planos de saúde e de hospitais em benefício dos usuários. Os magistrados podem fazer a diferença quando buscarem conhecer os fatos, buscarem as juntas médicas indicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, porque a vida, a saúde e o bem-estar do indivíduo são bens preciosos e que precisam de uma atenção diferenciada de outras áreas do Direito.

O enfrentamento de questões ligadas à saúde suplementar, essenciais para o equilíbrio do sistema, não deve representar, porém, menos atenção do Ministério Público, do Judiciário, de outros órgãos de fiscalização e da própria sociedade no acompanhamento das ações governamentais voltadas à saúde pública. Afinal, grande parte da deterioração enfrentada pela saúde suplementar decorre de demandas represadas da população que, cansada das carências do SUS, exige mais de operadoras de planos de saúde, seus hospitais e profissionais.

## **7 – Direito digital e transparência: realidade disruptiva**

O mundo digital é uma realidade cada dia mais enfronhada no cotidiano das pessoas. Antes poucos recursos eram disponíveis para a maioria da população, mas, com a popularização dos smartphones e do acesso à internet (um sistema global de redes de computadores interligadas a serviço do usuário), cada dia mais a sociedade está conectada de forma global.

Entretanto, o letramento digital e a cultura de proteção digital não chegou junto com a conexão global, a maioria da população não entende essa linguagem nova nem está preparada para se proteger, ou seja, está sem “anticorpos” para os males advindos dessas inovações tecnológicas e permite ceder seus dados sem maiores cuidados<sup>21</sup>.

A cultura da prevenção digital ainda é incipiente, mas os especialistas em direito digital está há décadas vem formulando mecanismos para ajudar a população com estudos, políticas de se-

---

<sup>21</sup> HARARI, op. cit., posição 1417. “No presente, as pessoas ficam contentes de ceder seu ativo mais valioso - seus dados pessoais - em troca de serviços de e-mail e vídeos de gatinhos fotos gratuitos. É um pouco como as tribos africanas e nativas americanas que inadvertidamente venderam países inteiros a imperialistas europeus em troca de contas coloridas e bugigangas baratas.”

gurança da informação, com legislações protetivas primeiro dos negócios (como as Leis de Direito Autoral e de Propriedade Industrial), depois as legislações protetivas para os indivíduos.

Para Patrícia Peck Pinheiro as relações já mudaram e é preciso adotar medidas de prevenção:

Atualmente vivemos a era pós-internet. A mudança virou rotina. O ambiente de negócios, globalizado e energizado pela inovação e tecnologia, conforma-se a uma nova realidade disruptiva. Cada vez mais empreendedores desenvolvem projetos e investem em startups, ou seja, empresas, mercados e consumidores estão hoje em constante evolução. A entrada na internet das coisas (IoT) e todos os desdobramentos relacionados ao aumento de riscos de vazamento e utilização inadequada de dados fazem com que a área da Segurança da Informação ganhe cada vez mais importância em empresas e corporações e independentemente do segmento. O futuro do setor exige mais formação sobre ética em Tecnologia da Informação. Há três medidas que continuam sendo essenciais: ter regras claras, monitorar para evitar incidentes e para responder rapidamente os casos de ocorrência. Por certo, o aumento de uso de dispositivos particulares com recursos de mobilidade no ambiente empresarial aumentou o nível de risco para as empresas, pois há muito mais possibilidade de vazamento de informações ou contaminação por vírus devido ao uso maciço de aplicativos pessoais e à mistura disso com dados corporativos.<sup>22</sup>

À medida que os especialistas buscam proteção legal para os negócios e para os indivíduos, eles estão formulando protocolos recomendados para atuação no mundo digital, tal como os protocolos preventivos para doenças conhecidas. Infelizmente, aqui no Brasil, não há cultura da prevenção, nem física (por exemplo, da saúde), nem dos negócios (por exemplo, os seguros, as políticas de compliance, políticas de proteção de informações), nem virtual (por exemplo, seguir regras básicas de segurança, como senhas compartilhadas, certificados digitais compartilhados, não leitura de manuais de boas práticas básicas, compartilhamento indiscriminado de informações nas redes sociais, seguros cibernéticos).

Num mundo físico em que as pessoas decidem não vacinar os filhos por conta de informações não técnicas, especialmente, limitadas aos grupos e redes sociais, sem embasamento técnico e teórico fundamentado, como fazer para os indivíduos se protegerem no ambiente virtual?

Com as relações de negócios cada dia mais globais e uma necessidade de regulamentação entre países parceiros, com destaque para a União Europeia, houve uma cobrança para que os países passassem a adotar regras mais definidas para utilização e segurança dos dados dos indivíduos. Assim, com o advento da GDPR (General Data Protection Regulation), que é o conjunto de regras da proteção de dados pessoais da União Europeia, os demais parceiros de negócios passaram a ter necessidade de implementar regras em seus países.

<sup>22</sup> PECK PINHEIRO, Patrícia. As novas regras dos tempos digitais. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) *Direito Digital Aplicado 3.0*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018, p. 228.

Assim, o Brasil, visando proteger os negócios internacionais e proteger os indivíduos, estabeleceu suas regras através da Lei nº 13.709/18, a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), bem como será implementada uma “agência reguladora”, tal como a ANS (Agência Nacional de Saúde), a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), que regulamentará a lei geral e estabelecerá normas procedimentais, parâmetros de fiscalização e de sanção.

Com isso, estabeleceram-se regras para o tratamento de dados pessoais<sup>23</sup>. E o indivíduo passou a ser titular de direitos muito importantes para o conhecimento, para a autorização de uso de seus dados e de restrições para esse uso.

A importância disso tudo é que os dados, quando organizados de forma sistematizada, se transformam em informação, que tem valor econômico<sup>24</sup> muito significativo. Exemplificando; os dados de consumo de medicamentos por determinado grupo de pessoas, numa determinada área geográfica, podem ser interessantes para a indústria farmacêutica, para as redes de farmácia, para os planos de saúde. A informação (conjunto de dados analisados para um determinado fim) pode valer muito, dizem até que é o novo petróleo. Entendo, particularmente, que é mais que petróleo, porque este é finito (um dia acabará, pois é um recurso natural não renovável), enquanto a produção de dados com sua sistematização se torna informações que só crescerão, são infinitos.

Thaís Faria, analisando o papel das novas tecnologias no jurídico do futuro, destaca o seguinte:

A conjunção dessas diversas variáveis evidencia que a proteção dos dados pessoais tangencia o próprio rumo da vida das pessoas, perpassando, transversalmente, os seus mais variados contatos sociais, desde a celebração de contratos e atos de consumo até mesmo a busca pela informação, e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade. (...) Podemos concluir que a tutela dos dados pessoais como um direito da personalidade se faz necessária a fim de que o fluxo informacional não seja lesivo à esfera da pessoa humana e, por conseqüência, ao seu livre desenvolvimento social humano. Por isso, o direito à proteção de dados pede uma normatização própria e mais substancial, que não pode ser reduzida à uma mera evolução do direito da privacidade, mas sim vista como um novo direito da personalidade que caminha entre

<sup>23</sup> LGPD, art. 5º considera como dado pessoal (inciso I): informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e como dado pessoal sensível (inciso II): dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, ou seja, todo dado que possa gerar discriminação.

<sup>24</sup> LAGE, Lorena Muniz e Castro. O direito à intimidade e a proteção de dados e registros na era digital. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). *Direito Exponencial*. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 142. Para Lorena Lage, a proteção jurídica a partir dos direitos da personalidade, na era digital é entender sua evolução e o como será aplicável: Alvin Toffler e Heidi Toffler (2012) nos lembram o valor das informações no Século XXI, destacando que vivemos, na verdade, a denominada “economia do conhecimento”, como um novo conceito de riqueza, que se resume ao valor dos conhecimentos reunidos de certo assunto ou pessoa.

outras liberdades e garantias fundamentais, como a liberdade de expressão, o acesso à informação, a não discriminação e o desenvolvimento social e humano. O principal condão da proteção de dados é garantir ao cidadão controle sobre os seus dados, sendo que esse controle vai muito além do consentimento de uso dos dados previstos em lei. Tem como escopo garantir o fluxo informacional livre não viciado por processamento e tratamento de dados e a liberdade do desenvolvimento humano, diante dos direitos fundamentais do ser humano social, sem barrar ou impedir o desenvolvimento econômico.<sup>25</sup>

Com a situação instalada da pandemia da Covid-19, a tecnologia nunca foi tão essencial para as pessoas e também expôs, de forma mais realista e crua, a desigualdade econômica e de oportunidades da população brasileira. Enquanto alguns favorecidos, salvos por nascimento, pela branquitude, puderam vivenciar em suas casas o isolamento social, conversar com seus advogados e médicos por aplicativos de celular, a telemedicina foi permitida e, certamente, não terá como retroceder e ser proibida, passando as pessoas a receber suas receitas médicas por aplicativos. Todas essas novidades tecnológicas permanecerão e serão aperfeiçoadas.

As reuniões virtuais, as audiências virtuais, as aulas virtuais, entre outras novidades, não recuarão, serão adaptadas aos novos tempos, à demanda das pessoas e das situações, mas o abismo<sup>26</sup> que separa o mundo do futuro do mundo do início da revolução industrial (em que as pessoas não tinham saneamento, tinham pouco acesso à saúde, não tinham inclusão ao mundo da nobreza, em que o acesso ao ensino era difícil, em que o trabalho colocava em risco a vida) está cada dia mais evidente. Algo precisa ser feito agora, senão esse abismo será ainda mais profundo e com margens mais distantes. Pontes precisam ser feitas agora.

E qual é a importância da regulamentação para o indivíduo? Para o titular dos dados, é saber para onde sua informação está indo, está circulando, se está dentro de uma das autorizações permitidas pela lei (bases legais<sup>27</sup>, como por exemplo, o contrato de plano de saúde, ou tutela da saúde), mas deveria ser uma preocupação ainda maior da sociedade.

<sup>25</sup> FARIA, op. cit., 2020, p. 476/477.

<sup>26</sup> HARARI, op. cit., posição 1417, “Nos primeiros anos do século XXI esperava-se que o processo igualitário continuasse e até mesmo se acelerasse. Esperava-se que a globalização disseminasse a prosperidade econômica pelo mundo, e que como resultado pessoas na Índia e no Egito usufruíssem das mesmas oportunidades e privilégios de pessoas na Finlândia e no Canadá. Uma geração inteira cresceu sob essa promessa. Agora parece que a promessa talvez não seja cumprida.”

<sup>27</sup> LGPD, art. 7º indica permissão para tratamento de dados pessoais (consentimento titular; cumprimento de obrigação legal ou regulatório do controlador; administração pública; órgãos de pesquisa; contrato; exercício regular de direito; proteção da vida; tutela da saúde; interesse legítimo do controlador; proteção do crédito). O art. 11 traz as permissões para tratamento de dados pessoais sensíveis (consentimento específico e destacada as finalidades; cumprimento de obrigação legal ou regulatório do controlador; administração pública; órgãos de pesquisa; exercício regular de direito; proteção da vida; tutela da saúde).



Yuval Noah Harari, quando escreve em “Igualdade: Os donos dos dados são os donos do futuro”, descreve o que chama da questão política mais importante da era atual:

Assim, faríamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa charada: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante de nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sociopolítico pode entrar em colapso. As pessoas já estão sentindo a chegada do cataclismo.<sup>28</sup>

Fundamental, portanto, se torna efetivar o princípio da transparência<sup>29</sup>, que ficou ainda mais importante, e que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais impõe aos agentes de tratamento (controlador e operador), que podem também ser pensados como o governo, os planos de saúde e os médicos. Que o caminho do conjunto de dados dos titulares, ou consumidores, ou pacientes para o foco desse artigo, sejam coletados, usados, compartilhados, armazenados e eliminados de forma segura, para que não haja prejuízo para o paciente (titular e consumidor).

Ao paciente (titular e consumidor) é permitido, é de seu direito, conhecer os caminhos pelos quais seus dados passam, como são guardados, se estão sendo bem cuidados, pois os agentes de tratamento são os que têm a custódia, mas não a titularidade dos dados.

E quando o titular pedir para excluir seus dados, como proceder? Como não violar regras e como proteger a informação valiosa do negócio, que foi apreendida com a soma das realidades dos pacientes?

A exclusão, ou eliminação<sup>30</sup> dos dados é possível, entretanto há regras. Se o dado tiver como base legal apenas o consentimento, este pode ser revogado a qualquer tempo, e o agente

<sup>28</sup> HARARI, op. cit., posição 1524.

<sup>29</sup> MONTEIRO, Carlos Edison do Rego e CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In: \_\_\_\_\_, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 342. Produto da nova concepção do direito à privacidade e associado à transparência que permeia grande parte das relações sociais na contemporaneidade, o recém-chegado direito de acesso se apresenta, no cenário jurídico nacional, marcado pela busca por efetividade.

<sup>30</sup> MALDONADO, Viviane Nóbrega. O direito à eliminação de dados e o blockchain. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). *Direito Exponencial. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro*. São Paulo: São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 299. O direito à eliminação de dados previsto na LGPD é direito similar ao direito ao apagamento de dados previsto no GDPR, o qual, ali, também é denominado “direito a ser esquecido” ou “right to be forgotten”, como está no texto original em inglês. (...) De fato, aqui, o direito ao esquecimento ainda guarda perfeita consonância com suas raízes históricas, as quais incluem aspectos atinentes à perda do interesse processual, em razão do transcurso do tempo e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

controlador deverá eliminar os dados com o pedido formal do titular. Se houver outra base legal, como, por exemplo, contrato, tutela da saúde, obrigação legal, o controlador deve manter os dados pelo tempo necessário de custódia a cada tipo de obrigação (por exemplo, prontuários médicos têm uma regra do CFM – Conselho Federal de Medicina – que estabelece que o médico e/ou o hospital deve manter os prontuários de seus pacientes sob sua custódia até vinte anos após o encerramento do seu atendimento).

Outra informação importante é que os agentes de tratamento podem separar a base de dados pessoais que identificam o titular (indivíduo/paciente/consumidor), da base de dados das evoluções médicas, do tratamento proposto, da medicação utilizada, da técnica utilizada, ou seja, de tudo que apreendeu com a história dos indivíduos. E, quando for necessário apagar as informações, quer pelo pedido do titular quando revogar consentimentos, quer pelo prazo necessário e legalmente previsto para a eliminação, que se faça apenas da base de dados pessoais. A base de dados do negócio apreendido com o paciente (titular/consumidor/cliente) poderá ser mantida pelos agentes de tratamento.

Enfim, o direito digital é uma nova forma de aplicação do Direito, de possibilidade de inclusão social, utilizando as regras gerais existentes para o direito material, aplicadas ao mundo digital, e, quando as peculiaridades do ambiente digital requererem utilizar as regras específicas que prevalecem sobre a regra geral.

Para tudo isso é necessário ter consciência da sociedade disruptiva, que é a mudança das relações pessoais, das relações negociais, das relações humanas com as inteligências artificiais. É realmente um mundo novo, quer queiramos ou não, é o presente e será ainda ampliado no futuro. É preciso abrir a visão, abrir os horizontes para que novos mundos adentrem no cotidiano.

## **Conclusões**

A responsabilidade civil dos médicos e dos planos de saúde tem muitos aspectos e facetas para ser analisadas, o contexto atual expõe a evolução da sociedade, especialmente pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, da Lei dos Planos de Saúde e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Contudo, a sociedade passa por um período conturbado de valores e de conscientização dos limites das suas obrigações e direitos. Vê-se que o indivíduo está sempre reclamando direitos e poucas vezes atribuindo-se obrigações.

Na área médica é fundamental a necessidade de melhora na comunicação entre médicos e pacientes, bem como na melhora das informações e esclarecimentos, sobretudo relacionados à saúde; melhora na comunicação e transparência entre operadoras de planos de saúde e usuários,



desde a contratação dos usuários de planos de saúde sobre deveres e obrigações. À operadora de planos de saúde fica a constante necessidade de melhoria da comunicação, para ser efetiva e transparente, com retorno para o usuário com possíveis soluções aos seus pedidos.

Muito se avançou nessas últimas décadas, contudo, muito se tem que resgatar: comunicação e acolhida, informação e resposta, mas com uma roupagem nova e contemporânea nesse mundo cada dia mais “virtual”, mais disruptivo. Soluções serão pensadas e melhoras ocorrerão quando todos os agentes envolvidos nas relações médicas fizerem, cada um, a sua parte.

DocuSigned by:

*Rosalia Toledo Veiga Ometto*

DE3D574A67AF416...

## Bibliografia

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 2007.

CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao art. 11 do CC (dos direitos da personalidade). In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; \_\_\_\_\_. (Coords.) **Código Civil Interpretado artigo por artigo**. 13 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020. p. 116-128.

FARIA, Thaís S. Artibale. A proteção de dados como direito da personalidade. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). **Direito Exponencial**. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 467-478.

FORSTER, Nestor José. Cirurgia plástica e estética: obrigação de resultado ou obrigação de meio? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 738, abr. 1997. p. 83-89.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Companhia das Letras. Edição do Kindle.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LAGE, Lorena Muniz e Castro. O direito à intimidade e a proteção de dados e registros na era digital. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). **Direito Exponencial**. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 139-159.

MALDONADO, Viviane; ÓPICE BLUM, Renato (Coords.). **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista.

MALDONADO, Viviane. O direito à eliminação de dados e o blockchain. In: FALCÃO, Cintia; CARNEIRO, Tayná (Coords.). **Direito Exponencial**. O papel das novas tecnologias no jurídico do futuro. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 281-300.

MONTEIRO, Carlos Edison do Rego e CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 323-345.

NALINI, José Renato. Os Direitos Turbinados do Paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coords.). **Direito do Paciente**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 76-86.

PECK PINHEIRO. As novas regras dos tempos digitais. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) **Direito Digital Aplicado 3.0**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. p. 228-230.

OMETTO, Rosália Toledo Veiga. **Responsabilidade civil do médico cirurgião**. Ometto Sociedade Individual de Advocacia, Edição Digital, 2019 fac similada da 2ª edição, 2007.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 854 a 954 do CC (atos unilaterais, títulos de crédito e responsabilidade civil). In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa; CHINELATO, Silmara Juny (Coords.) **Código Civil Interpretado artigo por artigo**. 13 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020. p. 702/838.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In: DELGADO, Mário Luiz. Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Responsabilidade civil. v. 5. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 443-461.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 2 v. Com comentários ao Código Civil. 9. ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. 2. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo e TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais no LGPD. In: \_\_\_\_\_, FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. p. 287-322.

### **Bibliografia complementar**

AMARAL, Francisco. O dano à pessoa no direito civil brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa Humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119-156.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. Curso de direito civil. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, p. 42-55, jan./mar. 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOLSON, Simone Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e

o dano moral ao consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 46, abr./jun. 2003. p. 265-291.

BRAGA, Armando. **A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade civil do ato médico, ato médico, contratos de meios. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 207, jan. 1995. p. 19-34.

CRIVELLI, Ivana C<sup>o</sup> Galdino. Intimidade e privacidade na era da informação. In: CORREIA, Atalá, CAPUCHO, Fábio Jun. (Coords.). **Direitos da Personalidade**. A contribuição de Silmara J. A. Chinnellato. São Paulo: Ed. Manole, 2019. p. 256-273.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade médica na experiência brasileira após Constituição Federal de 1998**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/446>>. Acesso em 25.03.2020.

DIAS, João Antonio Álvaro. **Dano corporal**: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 2 v. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Nestor. Comentários aos art. 11 a 21 do CC (dos direitos da personalidade). In: PELUSO,

Cezar. (Coord.). **Código Civil Comentado**. 14 ed. São Paulo: Ed. Manole, 2020. p. 30-43.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n. 12, out./dez. 2002. p. 81-91.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função da satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano? In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, jan./mar. 2000. p. 9-32.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético**. Responsabilidade civil. 3. ed. rev., ampl., atual. com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MALDONADO, Viviane Maldonado (Coord.). **LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados**. Manual de Implementação. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEDRO, Rute Teixeira. **A Responsabilidade Civil do Médico**. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 36, n. 108, out./dez. 1997. p. 7-15.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz. Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Método, 2003. p. 257-268.



# REFLEXÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

- **Presidente:** Juliana Peneda Hasse
- **Vice-Presidente:** Andréa Ferreira dos Santos
- **Coordenadora:** Sissyane Rodrigues Ferreira

**Presidente da OAB/SP:** Caio Augusto Silva dos Santos

**Vice-Presidente da OAB/SP:** Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho

ISBN 978-658735153-7



## Coautores:

André Bastos Lopes Ferreira  
Aramis Moutinho Junior  
Carolina Neiva Domingues  
Vieira de Rezende  
Ernani Parise  
Herbert Adriano Barboza  
José Luiz Toro da Silva  
Juliana Hasse  
Katia Akemi Wakita

Lidiane Mazzoni  
Lucas Miglioli  
Luciana Mayumi Sakamoto  
Marcelle B. Villela  
Marcos Buim  
Paulo Antoine Pereira Younes  
Paulo André Stein Messetti  
Paulo Oliver  
Roberto Massad Zorub

Rodrigo Forcennette  
Rogério Pena Masi  
Rosália Toledo Veiga Ometto  
Sissyane Rodrigues Ferreira  
Tatiana Viola de Queiroz  
Théra Van Swaay de Marchi  
Tula dos Reis Laurindo  
Vanessa Cunha de Paula  
Marcondes Nucci