



CURSO DE DIREITO

SANDRA DO NASCIMENTO BARROSO SI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS PLANOS DE SAÚDE PELO
USO DE “TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS” CONTRA COVID 19 NÃO
INFORMADOS AOS PACIENTES: O CASO PREVENT SENIOR.**

FORTALEZA

2021

SANDRA DO NASCIMENTO BARROSO SI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS PLANOS DE SAÚDE PELO
USO DE “TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS” CONTRA COVID 19 NÃO
INFORMADOS AOS PACIENTES: O CASO PREVENT SENIOR.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Professor Ms. Gustavo
Tavares Cavalcanti Liberato.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S563r Si, Sandra do Nascimento Barroso.
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS PLANOS DE SAÚDE PELO USO DE
“TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS” CONTRA COVID 19 NÃO INFORMADOS AOS PACIENTES: O
CASO PREVENT SENIOR. / Sandra do Nascimento Barroso Si. – 2021.
58 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

1. Responsabilidade Civil; Tratamentos Experimentais; Covid 19 e o Caso Prevent Senior.. I. Título.

CDD 340

SANDRA DO NASCIMENTO BARROSO SI

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS PLANOS DE SAÚDE PELO USO DE “TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS” CONTRA COVID 19 NÃO INFORMADOS AOS PACIENTES: O CASO PREVENT SENIOR.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Professor Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.
Faculdade Ari de Sá

Profa. Ms. Nardejane Martins Cardoso
FANOR

Prof. Esp. Eugênio Ximenes Andrade
Faculdade Ari de Sá

Dedico este trabalho a Deus, à minha família, pelos momentos de ausência, aos meus professores durante a toda vida acadêmica, principalmente ao meu professor orientador Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato pela forma como confiou esta empreitada e ao meu filho que me tornou mais forte diante de tantas dificuldades enfrentadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença irrefutável em minha vida.

Ao meu marido, mesmo do outro lado do Atlântico, me incentivou e pela certeza partilhada de que eu conseguiria.

Ao meu filho por me dá um sentido à minha vida com sua presença e amor.

À minha Mãe pelo exemplo de determinação na vida e fé inabalável.

Aos professores da Faculdade Ari de Sá pelas grandiosas lições que marcaram definitivamente minha vida. Aprendi rigorosa e comprometida mente além do direito, mas também sobre a pesquisa e dei meus primeiros passos como pesquisadora.

Aos meus grandes amigos que conheci na vida acadêmica.

Finalmente, ao meu professor orientador Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato por possibilitarem a realização deste estudo, pela sua confiança e motivação que me inspirou a sempre confiar nos resultados almejados.

“Um homem não pode abandonar o direito de resistir àqueles que atacam com força para lhe retirar a vida”.
(Thomas Hobbes, 2003).

RESUMO

Esta monografia tem como escopo discorrer sobre a responsabilidade civil de médicos e planos de saúde, com enfoque nos tratamentos experimentais com o “Kit Covid” realizado em pacientes atendidos pela Operadora de Saúde Prevent Senior. Inicia-se com uma breve trajetória histórica do instituto, sua caracterização, fundamentos, elementos, teorias, sua função social e a presença no Direito Constitucional e Civil brasileiro. Em seguida, aborda-se especificamente a responsabilidade de médicos e planos de saúde, investigando sobre a culpa e suas modalidades de responsabilização, analisando-se a natureza jurídica as obrigações de meio e resultado, sobre a relação do “médico e paciente”, e ainda Sistema Único de Saúde - SUS e saúde suplementar, erro médico e direito do consumidor. Por fim, traz-se a caracterização do Caso Prevent Senior que gerou repercussão internacional. Explanando sobre a responsabilidade civil de médicos em tratamentos experimentais contra COVID -19, apontar-se-ão as irregularidades que foram levadas para Comissão Parlamentar de Inquérito da COVID 19 e a análise da primeira jurisprudência.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Tratamentos Experimentais; Covid 19 e o Caso Prevent Senior.

ABSTRACT

The scope of this monograph is to discuss the civil liability of physicians and health plans, focusing on experimental treatments with the "Kit Covid" performed on patients assisted by the Prevent Senior Health Operator. The research starts with a brief history of the institute, its characterization, foundations, elements, theories, its social function and its presence in Brazilian Constitutional and Civil Law. Then, it will specifically address the liability of physicians and health plans, investigating guilt and its modalities of accountability, analyzing the legal nature of the obligations of means and results, the relationship of "doctor and patient", and also the Unified Health System - SUS and supplementary health, medical error and consumer rights. Finally, it will be presented the characterization of the Senior Prevent Case that generated international repercussions. Explaining the civil liability of physicians in experimental treatments against COVID -19, it will be pointed out the irregularities that were taken to the COVID Parliamentary Inquiry Commission 19 and the analysis of the first jurisprudence.

Keywords: Civil Liability; Experimental Treatments; Covid 19 and the Prevent Senior Case.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Fluxograma de atendimento do caso Prevent Senior.....	45
Figura 2 – Protocolo da Prevent Senior para Tratamento com Hidroxicloroquina	46

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2.NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.2. CONCEITO DOUTRINÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	16
2.4. <i>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</i>	<i>17</i>
2.5. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	19
2.5.1. Fundamentos, Elementos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Objetiva.....	20
2.5.2. Fundamentos, Elementos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Subjetiva.....	23
2.6. FUNCÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	25
2.6.1. A Função Social.....	25
2.7. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL X VIDA.....	25
2.7.1. Vida sendo um Direito Fundamental em Espécie.....	25
2.7.2. Vida e a Dignidade Humana.....	27
2.7.3. Vida, Saúde e Direito do Consumidor.....	29
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE.....	30
3.1. Caracterização Conceitual.....	31
3.2. Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado.....	32
3.3. A Relação entre o Médico e o Paciente.....	32
3.4. Da Responsabilidade Civil do Médico.....	33
3.5. Sistema Único de Saúde - SUS x Sistema de Saúde Suplementar.....	34
3.6. O Código de Defesa do Consumidor – CDC e a Lei 9.656/98.....	35
3.7. Dados Atuais sobre o Erro Médico no Brasil.....	36
3.8. A Responsabilidade Civil Objetiva e Solidária das Operadoras de Planos de Saúde e o Erro Médico.....	38
4. O USO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS CONTRA COVID 19 x CASO PREVENT SENIOR.....	40
4.1. Caracterização.....	40

4.2. A Aplicação da Responsabilidade Civil ao Médico Diante do Uso de Medicamentos Experimentais no Tratamento contra Covid.....	41
4.3. Caso PREVENT SENIOR.....	43
4.4. A CPI da COVID X Prevent Senior.....	48
4..5. A Primeira Jurisprudência sobre o Caso Prevent Senior.....	50
5. CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso ora projetado objetivou o desenvolvimento do seguinte tema: “A Responsabilidade Civil dos Médicos e dos Planos de Saúde pelo uso de ‘Tratamentos Experimentais’ contra a COVID-19 sem o consentimento dos pacientes: O caso Prevent Senior”.

De maneira geral, foi analisado a caracterização da responsabilidade civil diante tratamentos experimentais contra o COVID-19, tendo em vista o aumento no número de casos que surgem na atualidade, muito em razão de buscar as respostas pertinentes à sociedade, confrontada com a atual conjuntura sanitária.

Considerando este panorama global da pandemia, o objetivo do trabalho compreendeu a responsabilidade civil dos médicos e dos planos de saúde diante da realização do tratamento “milagroso” com o “kit Covid”, observando-se a conduta do médico em relação a seu paciente, incluindo os deveres de informação, sigilo e ética profissional.

Ademais, destaca-se a importância das análises da doutrina e jurisprudência do país, pretendendo demonstrar como se tem compreendido, na prática, a questão da responsabilidade civil neste caso específico, muito polêmico que gerou repercussão internacional.

Neste contexto, a monografia está estruturada com tópicos, os quais se encontram pontuados ao longo do sumário, acompanhados de breves elucidações acerca do que se pretende tratar nesse estudo. Consta uma breve análise da pesquisa que foi elucidada com uma metodologia de forma intrínseca de compilação bibliográfica.

A metodologia desta pesquisa apontou um caminho não só conceitual, mas também na exploração de posicionamentos de uma realidade vivenciada pela humanidade num período de pandemia do Covid 19. Especificamente, na repercussão geral que mudou o viés não só da responsabilização, mas também na proteção do direito de pessoas frente a uma situação caótica que se passa.

É importante ressaltar, ainda, a natureza dos dados que foram analisados é bem recente que trouxeram novos questionamentos sobre a responsabilidade civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além de que este estudo apontou uma

atualização pontuada numa jurisprudência bem recente orientando outras respostas buscadas pela sociedade.

O delineamento do problema de pesquisa é, portanto, a própria metodologia, que foi delineada pelos moldes de Lakatos (1992), “a pesquisa bibliográfica compreende oito fases distintas: a) escolha do tema; b) elaboração do plano de trabalho; c) identificação; d) localização; e) compilação; f) fichamento; g) análise e interpretação; h) redação”.

Desta forma, o presente estudo foi exploratório e bibliográfico, onde realizou uma análise crítica de um caso específico - *Prevent Senior*, - onde buscamos coleta de dados, legislação, doutrina e jurisprudência aplicável nesta esfera. O acompanhamento de toda pesquisa bibliográfica: indicou uma proposta que permitiu a crítica (seletiva, crítica ou reflexiva, analítica).

Neste contexto, Lakatos e Marconi (1992, p. 48-51) citam que:

A primeira fase da análise e interpretação é a crítica ao material bibliográfico, sendo considerado um juízo de valor sobre determinado material científico. Divide-se em externa e interna. [...] A segunda fase compreende a decomposição dos elementos essenciais e sua classificação, isto é, verificação dos componentes de um conjunto e suas possíveis relações. [...] A terceira fase é a generalização. [...] Após a classificação ... podem-se formular afirmações verdadeiras, aplicáveis a um conjunto ou à totalidade dos elementos selecionados. [...] A quarta fase exige uma análise crítica [...]. A objetividade, a explicação e a justificativa são três elementos importantes para se chegar à sua verdade.

Por fim, as referências na qual foram utilizadas ao longo da elaboração do trabalho que será exposto a seguir.

2. NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo trará a contextualização histórica e o conceito doutrinário de Responsabilidade Civil, no âmbito civil. Em seguida, será apontado o conceito, finalidade, bem como considerações gerais sobre esta responsabilidade objetiva e subjetiva e os seus fundamentos, elementos e teorias, sem esquecer da modalidade contratual e extracontratual de Responsabilização.

Ademais, pontuamos sobre a sua função social e também, de como a responsabilidade civil constitucional, que versa sobre a vida como direito fundamental em espécie, pontuando sobre a dignidade humana, e o código de Defesa do Consumidor como garantia constitucional.

2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Segundo Pereira (2021), o ofendido reagia ao dano de maneira imediata e brutal, movido por “vingança privada” que embasou a primeira fase da responsabilidade civil, na qual é exclusivamente objetiva. O autor aponta ainda “a Lei de Talião” no qual seguia o lema “pautada no olho por olho, dente por dente como sendo uma maneira de ‘limitar as à vingança privada, balizada nas penas corporais, castigos físicos” e neste contexto a Responsabilidade civil é objetiva’.

Essa vertente trouxe uma evolução e o surgimento da “composição voluntária”, onde “o ofendido passou a ter a faculdade de substituir a retaliação ao agente por uma compensação de ordem econômica”. Com estas mudanças trouxeram novas vertentes que configuraram uma ideia de danos morais.

Pereira (2021), mencionou ainda sobre a vida dos romanos que alteraram “a pena de reparação, estabelecendo os delitos públicos e os delitos privados nessa fase, verifica-se o aparecimento da responsabilidade contratual”. Nestes moldes surgiu “a Lei Aquília” que trazia a ideia de culpa e do princípio geral do dano onde a “responsabilidade subjetiva (culpa) começa a fazer parte da responsabilidade civil”.

O referido autor acima, traz o recorte da Revolução Francesa na idade contemporânea e com Código de Napoleão a Responsabilidade civil é subjetiva, influenciando os Códigos Civis de 1916, que adotou a culpa como alicerce da responsabilidade civil e no art. 159 da Constituição Federal de 1916 diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código”.

Aduzindo em linhas gerais, a construção histórica da Responsabilidade Civil apresentou um conceito que colaborou na luz constitutiva no código civil brasileiro, mas ele mescla esta reparação de dano de uma forma objetiva e subjetiva que norteiam duas possibilidades na reparação do dano, tal fato será apontado posteriormente neste estudo.

2.2. CONCEITO DOUTRINÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para Oliveira (2021) a ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano à outra pessoa seja ele moral ou material, deverá

restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

Gagliano e Pamplona Filho (2021) pontuam que na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante* obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização na possibilidade de avaliação pecuniária do dano ou de uma compensação na hipótese de não se pode estimar patrimonialmente este dano.

Responsabilidade é a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de ressarcir ou reparar danos, de suportar sanções penais, exprimindo sempre a obrigação de responder por algumas coisas sendo um dever contraído pelo causador do dano, de assumir perante a esfera pública, seja judicial ou extrajudicialmente, o prejuízo decorrente de seus atos.

O sentimento de justiça é o desejo de obrigar o agente, causador do dano a repará-lo, pois um ato ilícito rompe o equilíbrio e a harmonia social daí surge uma necessidade fundamental de se restabelecer o equilíbrio, colocando o prejudicado na situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização proporcional ao dano.

A Responsabilidade civil é a obrigação que o agente tem de ressarcir ou reparar estes danos e/ou prejuízos causados injustamente a outrem. Essa obrigação quase sempre acarreta um ônus ao agente do dano, mediante indenização, podendo recair sobre o sujeito passivo da relação originária ou sobre algum terceiro.

A responsabilização decorre de ato próprio e ainda de ato ou fato alheio à sua vontade, mas de algum modo necessita e tem a obrigação de ressarcir o prejuízo e/ou dano, originado por ato do próprio agente ou ato ou fato sob o qual tutelava, mesmo que ainda que sua obrigação seja assumida diante do Poder Judiciário.

2.3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Pereira (2021) diz que a Responsabilidade Civil possui duas vertentes em sua origem “A Responsabilidade Civil Contratual, aonde é necessário à existência de um contrato entre as partes e a Responsabilidade Civil Extracontratual (Aquiliana) aonde

o infrator infringiu a lei vigente”. E ainda destaca “que quando alguém não cumpre a ‘obrigação originária’ gera uma ‘obrigação sucessiva’, que é a obrigação de indenizar”.

A Responsabilidade Civil Contratual ocorre pela presença de um contrato existente entre as partes envolvida, agente e vítima. Assim, o contratado ao unir os quatro elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexos causal e o consequente dano) em relação ao contratante, em razão do vínculo jurídico.

Para *Bacarim* (2021) a responsabilidade contratual tem como base a obrigação de resultado, o que gera a presunção da culpa em razão da inexecução previsível que seria evitada da obrigação. É possível, inclusive, que um dos contratantes assuma, em cláusula expressa em contrato, o encargo até mesmo de força maior ou caso fortuito. Aduzindo que:

Via de regra, a responsabilidade contratual decorre de uma conduta culposa, coincidente com o inadimplemento total ou parcial do contrato. A culpa contratual difere-se da extracontratual: aquela tem umas conotações objetivas, ligadas ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito. Em suma, para a responsabilidade civil contratual indaga-se: quem deu causa ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito? A culpa, nesse caso, será presumida (presunção relativa) (BACARIM, 2021. p. 90).

Percebe-se ainda na autora que é possível estipular cláusulas a fim de se o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também será o motivo pelo qual quando há o inadimplemento do contrato, há a obrigação de reparar o prejuízo gerado em razão da inexecução da obrigação assumida:

A partir do caso concreto analisado, em vista de uma tentativa de sistematização da matéria, poderíamos destacar alguns aspectos gerais: (i) estabelecida uma relação contratual, há maior facilidade na responsabilização por um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual; (ii) importante, bem por isso, identificar quais são as obrigações contratuais a que estão sujeitas as partes; (iii) o descumprimento de um dever contratual enseja a presunção da culpa do inadimplente, dando-lhe uma conotação objetiva; (iv) na responsabilidade contratual, há sempre um dano certo, real ou presumido (neste caso, cite-se a cláusula penal, as arras, a multa e os juros moratórios – vide artigos 402 a 416 do Código Civil) (BACARIM, 2021. p. 91).

A luz da ideia de *Gagliano* e *Pamplona Filho* (2021) traz-se agora o conceito de responsabilidade civil extracontratual citando sobre:

[...] a culpa do agente seja provada para que exista a responsabilização e, conseqüentemente, a indenização, uma vez que se trata de um dos requisitos para configuração da responsabilidade civil subjetiva na regra do Direito brasileiro, em que o referido autor conceitua que se o prejuízo ocorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita

do agente causador (caso do sujeito que bate num carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual[...] (GAGLIANO, 2021. p. 47).

Desta forma, na Responsabilidade Civil Extracontratual – estabelecida nos arts. 186 a 188 e 827 do CC também conhecida como “aquiliana”, o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas, tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexos de causalidade e culpa ou dolo, causará à vítima um dano.

Um exemplo citado por *Gagliano* e Pamplona Filho (2021) de responsabilidade civil extracontratual é a obrigação de reparar danos causados por acidente entre veículos. Apesar de não haver um dever jurídico violado previsto em contrato, bem como não há relação jurídica anterior entre a vítima e o agente, ainda assim aquele que gera o dano deve reparar a pessoa lesada em razão de uma previsão legal.

Enfim, pode-se dizer que a responsabilidade civil é dividida entre contratual ou extracontratual, conforme a natureza do dever jurídico violado. Contudo, ambas apresentam a mesma consequência, ou seja, a obrigação de reparar o dano.

2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para Alves (2021) a “Responsabilidade Civil do Estado tem como finalidade reparar os danos causados a terceiro por meio do comportamento imputável aos seus agentes” que deverá responder “objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro”.

Além disso, o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que o cargo, a função ou a atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito. Deste modo, sempre que o agente tiver contribuído para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, o Estado responde pela “obrigação ressarcitória”.

Nesta situação, a responsabilidade civil objetiva será do Estado por tratar-se da Teoria do Risco Administrativo que para Pereira (2021) deverá ser aplicado nas relações estatais, “em que deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa”. Nos casos da omissão específica e genérica,

a responsabilidade do Estado será subjetiva no caso de omissão genérica; e objetiva, no caso de omissão específica, pois daí há dever individualizado de agir.

A ideia de Alves (2021) aponta que “a omissão específica dar-se-á quando o Estado estiver na condição de ‘guardião’ e por sua omissão, cria situação propícia para a concorrência do evento em situação em que o dever de agir para impedi-lo”. Neste fundamento, se omissão estado causa um dano a alguém “faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso”.

2.5. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano à outra pessoa seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano. Então, Diniz (2003) define a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2003. p. 34)

Em regra, a responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano surgem da conduta ilícita do agente que o causou. O ato ilícito gera o dever de compensação da vítima, mas nem toda obrigação de indenização deriva de ato ilícito. Não se cogita indenização e dever de reparação somente nos casos em que haja conduta injurídica causadora de dano, a responsabilidade civil pode ter origem na violação de direito que causa prejuízo a alguém, desde que observados certos pressupostos.

Neste sentido, Venosa afirma (2003) sobre a matéria de responsabilidade a conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. Ele preceitua que:

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquele conduto que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador

do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor (VENOSA, 2003. p. 12).

Neste escopo, tratar de responsabilidade civil, a conduta do agente é a causadora do dano, surgindo daí o dever de reparação. Para que se configure o dever de indenizar advindo da responsabilidade civil, deverá haver a conduta do agente e nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente.

Maria Helena Diniz (2003) define conduta humana como sendo "o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado" e cita que:

Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a 'responsabilidade decorrente de ato ilícito se baseia na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, [...] principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos'. E continua sua lição afirmando que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a 'comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. (DINIZ, 2003 p. 37).

A conduta do agente para acarretar responsabilidade civil deve comprovadamente causar danos ou prejuízo a vítima. Sem o dano, não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar. Diniz (2003) ainda conceitua que:

a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2003 p. 43).

O Novo Código Civil trouxe para a legislação geral algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, mais especificamente a teoria do risco procurando incluir no seu texto, muitas das conquistas evolutivas que estavam regulamentadas pela legislação especial, que pautou da cláusula geral de responsabilidade subjetiva disposta no artigo 186 citado anteriormente neste estudo, onde o Código Civil consagrou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, parágrafo único.

Porém, a doutrina especializada separou a ilicitude do artigo 187 em duas: A ilicitude subjetiva (dolo ou culpa) e a ilicitude objetiva (aquela em que apenas ocorre o prejuízo, sem analisar se a conduta foi intencional ou não).

2.5.1. Fundamentos, Elementos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilização objetiva trazida por Pereira (2021) ao analisar alguns doutrinadores traz ou aponta os elementos, exceto a culpabilidade como a Conduta humana, nexos causal, Dano, e o Risco que reconhece no agente um dever prévio de cuidado, é responsável, a priori, porque não observou aquele dever de cuidado que lhe era intrínseco partir de tais pressupostos.

Ela possui como requisitos a conduta, o dano e o nexos causal. Ou seja, nesses casos o causador do dano deverá indenizar a vítima mesmo que não seja comprovada a culpa como explica *Tartuce* (2017) inicialmente sobre:

O nexos de causalidade ou nexos causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. De acordo com a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, “trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades [...]. O conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (TARTUCE, 2017. p. 369-370).

Trata-se de cláusula aberta, que necessitará de um trabalho doutrinário e jurisprudencial para sua efetiva aplicação. A disposição expressa de cláusula geral de responsabilidade objetiva demonstra uma clara evidência de que os legisladores brasileiros, a par das inovações tecnológicas, da globalização e, conseqüentemente, do crescimento de potenciais fatores de riscos, adotaram uma solução mais adequada aos problemas das vítimas de danos que permaneciam sem a indenização devida.

E assim, nesta linha de pensamento podemos definir como ato ilícito em sentido amplo “aquele contrário à lei ou ao direito (causar dano injusto à outra pessoa), no qual o dano é o prejuízo (moral ou material – coletivo ou individual, estético ou a perda de uma chance) experimentado pela vítima”.

Sem esquecer do “nexos de causalidade é o vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima”. E por fim, a

culpabilidade é um juízo de censura à conduta do agente, de reprovabilidade pelo direito, decorrente de dolo, negligência, imprudência ou Imperícia.

Deste modo, um desequilíbrio social é provocado pelo dano civil e sua reparação é necessária para o retorno à normalidade. Feitas essas considerações, define-se responsabilidade civil como a obrigação de reparar um dano material ou moral realizado ao ofendido quando o ofensor não observou o dever jurídico legal, que como citou *Tartuce* (2017):

Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda, outra aplicação do art. 333, I, do CPC. Entretanto, há corrente doutrinária, pela qual a mera lesão de direitos poderá acarretar a responsabilidade civil. Repise-se que não se filia a tal entendimento, eis que para que o ato ilícito esteja caracterizado é necessária a presença de dois elementos: a lesão de direitos e o dano (art. 186 do CC). A reparação do dano efetivo e presente também consta dos arts. 403 e 927 da atual codificação privada. No que concerne ao art. 403 do CC compreendemos que a sua melhor interpretação é no sentido de que, quando o dispositivo menciona-os danos diretos, está somente vedando a reparação dos danos hipotéticos ou eventuais (TARTUCE, 2017. p. 387-388).

Ao discorrer sobre a adoção da Teoria do Risco pelo Novo Código Civil, Gonçalves adverte que:

A inovação constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil. Pois a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, de forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável “. Na seqüência, arremata:” E que maior será o risco da atividade conforme o proveito visado. Ademais, se houve dano, poder-se-á entender que tal ocorreu porque não foram empregadas as medidas preventivas tecnicamente adequadas. (GONÇALVES, 2012. p. 51).

A nova legislação mantém todas as legislações especiais, que já admitia a responsabilidade sem culpa. No entanto, toda a legislação que já instituía a responsabilidade sem culpa, permanece em vigor, em tudo aquilo que não contrariar os preceitos do Código Civil de 2002.

Atendendo às transformações sociais pelas quais tem passado a sociedade, o Novo Código dispõe em seu artigo 927, parágrafo único o seguinte:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Este dispositivo, além de reger os efeitos jurídicos dos casos previstos nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, ao impor o dever de reparação do dano por ato ilícito tendo como fundamento a culpa (responsabilidade subjetiva), também possibilitou o reconhecimento da responsabilidade independente da indagação de culpa (responsabilidade objetiva), em duas hipóteses: a) nos casos especificados em lei; b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Verifica que o Código Civil de 2002 adotou, nos casos de responsabilidade objetiva, a teoria do risco criado, onde toda atividade que, pela própria natureza, implicar em riscos para terceiros, ensejará a reparação, independentemente da comprovação da existência de culpa.

O que resta saber é qual foi à intenção do legislador com a colocação da palavra “atividade”, vez que os dicionários possibilitam extrair inúmeros sentidos para a palavra, tais como qualidade ou estado de ativo, ação, diligência, energia, trabalho, meio de vida, profissão, ocupação, função. A responsabilidade civil objetiva está baseada no risco e nos casos determinados por lei, à responsabilidade civil subjetiva é aquela calcada na culpa.

A cláusula geral do art. 927 inclui todos os serviços profissionais e empresariais na palavra “atividade”, cuja evolução da responsabilidade civil evoluiu de um sistema subjetivo para um sistema em grande parte objetivista:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. § Único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dentro deste aspecto um ponto que se mostra relevante são as atividades que tem um risco for inerente, ou seja, o risco está tão intimamente ligado a ela que, a atividade, por si só, já representa perigo. Neste caso, o fato de se transferir os riscos ao agente da atividade poderá inviabilizar sua realização, uma vez que inúmeros serviços imprescindíveis à vida moderna são fatores de risco.

Não se pode esquecer ainda da possibilidade da inversão do ônus da prova, e ainda sobre o desempenho dos operadores do direito frente a esta responsabilidade sem culpa, diante dos casos em que se observa a litigância de má-fé e o estado democrático de direito.

A responsabilidade objetiva é aquela que defende a responsabilidade civil como fundamento não apenas da culpa, mas também do risco, ou seja, quem desenvolve determinada atividade deve arcar com os riscos da atividade que podem, inclusive, criar riscos para terceiros. Tem-se, então, que a responsabilidade objetiva visa à estimulação do cuidado que as pessoas devem possuir com estados e condições adquiridas. Essa corrente tem caráter predominantemente social.

2.5.2. Fundamentos, Elementos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil, conforme o seu fundamento pode ser subjetivo ou objetivo. Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, segundo a qual a prova da culpa se constitui num pressuposto do dano indenizável.

Desta forma, a responsabilidade Subjetiva, é composta por:

- Conduta humana - é ação em sentido amplo, ou seja, a ação propriamente dita, ou a omissão relevante.
- Nexo causal - a ligação entre a conduta praticada e o resultado danoso.
- Dano - pode ser material, moral ou estético.
- Culpa - em sentido amplo, inclui tanto o dolo como a culpa em sentido estrito, que é a quebra do dever de cuidado.

Na responsabilidade civil a culpa se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa danos e deve repará-lo. Na luz do artigo 186 do Código Civil estabelece a regra da responsabilidade civil subjetiva. O agente somente pode ser responsabilizado quando, culposamente, não respeita um dever de cuidado objetivamente devido (sua conduta é ilícita).

O nexos causal, ou a relação de causalidade é um dos pressupostos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. A relação de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente

a relação de causalidade. Sílvia de Salvo Venosa (2019), ao definir nexo de causalidade como ensina que:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida (VENOSA 2019. p. 39).

Ademais, a responsabilidade subjetiva é aquela em que, além do ato lesivo do agente causador de lesão, do dano estar presente no lesado e do nexo causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente, nesta relação, a culpa do agente causador do dano. Esta culpa, caracteriza-se pela presença no agir deste de dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito, ou seja, de imprudência ou negligência ou imperícia.

Os elementos gerais da responsabilidade civil são a conduta ou ato humano, nexo de causalidade e o dano ou prejuízo, que em regra geral é de que a conduta deve ser ilícita, mas também pode acontecer decorrente de ato lícito, onde, a ilicitude não pode ser um elemento geral.

Deve-se entender a responsabilidade como o resultado de conduta instintiva transgressora de um indivíduo, que se delimita no desfalque patrimonial de alguém e preocupa-se somente com o restabelecimento da ordem perturbada pelo dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Quando se descumprem regras tipificadas como crime na lei federal, diz-se que o agente tem responsabilidade penal; esta não guarda preocupações com o restabelecimento da ordem moral ou econômica do lesado. A ação repressiva do ordenamento jurídico tem como objetivo o dano causado à sociedade e não ao particular, haja vista que este é parte daquele.

A responsabilidade subjetiva é necessária comprovar a conduta, o dano, o nexo causal e culpa do agente. Já a Responsabilidade Civil Objetiva diferente da Responsabilidade Civil Subjetiva, posto a última constituir a regra no ordenamento jurídico vigente, em que deve ser analisado, por exemplo, a ocorrência de um dano, que apresenta como elementos como a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

No Código Civil de 2002, além da responsabilidade subjetiva, consagrou de forma expressa a responsabilidade objetiva em seu art. 927 ao adotar a Teoria do Risco, que além desse dispositivo legal, o abuso de direito, o dano causado por produto, a responsabilidade dos incapazes, as responsabilidades pelo fato de coisa de animais também versam sobre a responsabilidade objetiva.

Preceitua ainda no seu art. 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” e no art. 931 “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

2.6. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil aponta três principais funções sociais: função compensatória para a vítima; função punitiva para o ofensor; e desmotivadora social da conduta lesada. A função compensatória e indenizatória da responsabilidade civil é prevista no Código Civil em seu artigo 927, que assegura a reparação do Juízo material que dará uma compensação pecuniária pela ofensa à dignidade ao lesado.

Vale ressaltar que, por função compensatória, inclui a compensação in natura busca assegurar ao lesado a Execução direta daquilo que foi negado pelo procedimento injusto. Tal fundamento encontra-se no artigo 947, do Código Civil, onde diz claramente que “Se o devedor não puder cumprir a Prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

A função punitiva objetiva punir o lesante pelo descuido e falta de atenção aos seus atos praticados, bem como convencê-lo a não incorrer em práticas abusivas e assim, o infrator tomará condutas mais cautelosas na vivência em sociedade e evitará causar danos a terceiros.

2.7. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL X VIDA

A constitucionalização do direito ligado a área civilista, traz em seu bojo consequências principiológica para o ordenamento jurídico brasileiro através de conceitos e estruturas como o da responsabilidade civil apresentada neste estudo.

Desta forma, pontuamos neste tópico a vida como um direito fundamental em espécie, por conseguinte a sua ligação a dignidade da pessoa humana e por fim, a forma de como o Código de Defesa do Consumidor é pautado como a garantia ou preceito fundamental que serão apresentados a seguir.

2.7.1. Vida sendo um Direito Fundamental em Espécie

Para Mendes e Branco (2021), a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição e esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. Sobre esta questão em tela os referidos autores citam que:

O constituinte brasileiro, coerentemente, proclama o direito à vida, mencionando-o como o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no art. 5º dos textos constitucionais, seguidos da liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Os atentados dolosos contra a vida devem ser perseguidos criminalmente, conforme o constituinte deixa sentir, instituindo para tais casos o processo penal por meio do júri (art. 5º, XXXVIII). (MENDES E BRANCO, 2021. p. 163).

Mendes e Branco (2021) apontam ainda que o “direito à vida” está particularmente ligado, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a laicidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares e pontuam que:

O preceito enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade. Dada a capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido, sobretudo nos casos em que o seu titular se acha mais vulnerável... (MENDES E BRANCO, 2021. p. 263).

Numa linha de análise, Mendes e Branco (2021, p. 265) nesta temática sobre o direito à vida contextualizam:

A vida preservada e encarecida pelo constituinte há de ser toda a vida humana. Não é ocioso ressaltar que somente há vida humana em seres humanos; onde não há vida não há mais ser humano – assertiva que se completa com a noção igualmente necessária de que onde há ser humano, há vida. O direito à vida cola -se ao ser humano, desde que este surge e até o momento da sua morte. Trata -se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares e traz a ideia de igual dignidade de todos os seres

humanos ficaria incompleto se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa sem nenhuma distinção. Onde cada indivíduo com o direito de viver e gozar deste direito fundamental.

Enfim, o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor relevante na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido a todos os demais direitos fundamentais e sua compreensão é importante para conhecimento de alguns temas de atualidade que giram em torno desse postulado.

2.7.2. Vida e a Dignidade Humana

Nunes Junior (2020) diz que o direito à vida tem duas acepções “o direito de continuar vivo o direito a ter uma vida digna”. No primeiro aspecto, o Estado tem o dever de não fazer, de não interferir em nossas vidas, retirando-as arbitrariamente no segundo aspecto, o Estado tem o dever de fazer, proporcionando a todos um mínimo existencial de uma vida digna. E aponta sobre:

O direito à vida está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, sem a tutela adequada do direito à vida, não há como exercer a dignidade da pessoa humana e os direitos dela decorrentes. Outrossim, o direito à vida não corresponde a um dever de inação estatal (mera liberdade pública), já que, além de assegurar a existência ou subsistência, é dever do Estado assegurar uma vida digna. (NUNES JÚNIOR, 2020. p. 710).

Por essa razão e levando em consideração o paradigma maior da dignidade da pessoa humana é que, na colisão de princípios ou de direitos dentro do corpo constitucional, deve prevalecer o Judiciário sempre defere uma tutela antecipada para garantir a proteção ao doente, no propósito de efetivar a proteção à saúde, seja contra uma empresa privada ou o próprio Estado.

Assim, Nunes Junior (2020) aponta conceitos de princípios e regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível, princípios são as normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. E assim:

Sendo, pois, um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível. Todavia, tutelar o direito à vida de forma absoluta e irrestrita significaria violar outros direitos fundamentais igualmente relevantes. É por essa razão que a própria Constituição Federal admite a limitação da vida pela aplicação da pena

de morte, em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII) (NUNES JÚNIOR, 2020. p. 712).

Neste escopo, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes sendo e são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Essas possibilidades foram pautadas por Nunes Junior (2020) por:

Muitas críticas são feitas à grande abstração do princípio, que acaba por suscitar sua utilização para embasar teses diametralmente antagônicas. Com aparente intangibilidade, o princípio da dignidade da pessoa humana costuma ser utilizado para defender quaisquer temas relacionados a direitos fundamentais. Como afirmou Luís Roberto Barroso, 'em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, freqüentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech (manifestações de ódio a grupos determinados, em razão de raça, religião, orientação sexual ou qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais' (NUNES JÚNIOR, 2020.p.1586).

Então apontamos que na constituição de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, colocou o ser humano como centro de suas atenções, estabelecendo como direito fundamental a dignidade do ser humano representando uma exigência de respeito no seu exercício da liberdade individual com responsabilidade.

Esse paradigma deve nortear interpretação jurídica em sede de responsabilidade civil. Não deixando de lado a hermenêutica jurídica e sem levar em consideração essa "dimensão axiológica da dignidade da pessoa humana".

A Carta Magna diz que o "dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II" e determinou ao Estado a proteção das pessoas que necessitam do seu socorro, nas situações de perigo de vida e à saúde, impulsionadas pelas circunstâncias da vida.

Sendo um mandamento constitucional indissociável da proteção que a Constituição brasileira referente à vida. Mendes e Branco (2021) apontam os efeitos da força normativa destacada pelo Ministro Celso de Melo a seguir onde aduzem que:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que 'a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente', impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que 'a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)', legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço (MENDES E BRANCO, 2021. p.768).

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental e em questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação e à falta de legislação específica que:

Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento. (MENDES E BRANCO, 2021. p.769)

Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas pelos entes federados.

2.7.3. Vida, Saúde e Direito do Consumidor

Neste contexto, traz-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, partindo-se da garantia constitucional da tutela do direito do consumidor na ótica de uma proteção especial, no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental e no artigo 170, V. Se o direito do consumidor é um preceito fundamental, garantido pela Constituição, como cláusula pétrea.

As normas de proteção ao consumidor não podem sequer constituir objeto de emenda, porque o direito fundamental constitui uma norma máxima garantida pela cláusula pétrea, no artigo 60, § 4º, CF.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” no artigo 6º, inciso I e, no inciso VI, estabelece duas situações inusitadas que são “a efetiva prevenção e a reparação dos danos patrimoniais, morais, lesivos a interesses individuais, coletivos e difusos” por fato do produto ou serviço na relação de consumo.

E o instrumento adequado para se impor à obrigação de não fazer, que é a forma de se fazer valer a responsabilidade civil e preventiva, é através da tutela antecipada cautelar e, principalmente, a tutela inibitória prevista nos artigos 461 e 84 e seus parágrafos, principalmente, o 3º (do CPC).

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS OPERADORAS DOS PLANOS DE SAÚDE

Neste capítulo, fazemos uma breve caracterização conceitual sobre a Responsabilidade Civil de médicos e operadoras de planos de saúde, apontamos em seguida a diferença entre a obrigação de meio e de resultado e ainda na relação entre o médico e o paciente, observando ainda sobre o erro médico

Contextualizamos acerca do Sistema Único de Saúde - SUS e do Sistema de Saúde Suplementar, do Código de Defesa do Consumidor – CDC e a Lei 9.656/98 e da sua importância nesta relação médico paciente.

E por fim, apresentaremos os dados atuais sobre o erro médico no Brasil e finalizaremos com a Responsabilidade Civil Objetiva e Solidária das Operadoras de Planos de Saúde e a como figura-se o erro Médico neste caso.

3.1. Caracterização Conceitual

O presente trabalho pauta-se sobre a responsabilidade civil de modo geral, conforme prevista no art. 927 do Código Civil, e se resume à obrigação de reparação de um dano causado a outrem, gerado por uns atos ilícitos, que pode ser caracterizado pelo abuso de poder (art. 187, CC), ou por uma ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência (art. 186, CC), ou seja, fundamentada em regra, na culpa.

Na área médica, a conduta humana consiste em uma lesão do direito à vida e a integridade psicofísica do paciente (a saúde física e mental) podendo ocasionar

danos materiais, morais ou estéticos, pois eles atuam como profissionais liberais, ou seja, sem qualquer critério de preposição, com autonomia e por esse motivo não ficando subordinado ao paciente.

Com a proposição do art. 951 do CC, o profissional liberal que causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou inabilitá-lo para o trabalho, se aplicará à responsabilidade subjetiva, centrada na comprovação da culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia). De acordo com *Kfouri Neto* (2019):

É ressaltado que aos profissionais liberais – e ao *médico*, de modo particular – aplicam-se as regras da responsabilidade subjetiva, calcada na *culpa*, ficando o ônus da prova, via de regra, a cargo da vítima (arts. 186 e 951 do CCB; art. 14, § 4º, do CDC e art. 373, I, do CPC/15) (KFOURI NETO, 2019. p. 28).

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade do médico no Código de Defesa do Consumidor, assim como no Código Civil, é subjetiva. E por esse motivo, a culpa do médico para ser caracterizada, ou seja, deve-se provar que o comportamento do profissional contribuiu para o prejuízo da vítima, unindo-se os três elementos: dano culpa e nexos de causalidade.

3.2. Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

Quando se fala da responsabilidade do médico, há duas modalidades de obrigações: as de meio e as de resultado, mas na maioria dos casos, e de acordo com o entendimento doutrinário, a obrigação do médico será de meio e não de resultado.

Desta forma, a obrigação de meio consiste no emprego pelo médico de toda a atenção e cuidados exigidos e esperados para tratar ou amenizar determinada doença que acomete seu paciente, sem se vincular a uma obrigação de cura ou resultado satisfatório. De acordo com *Kfouri Neto* (2019)

Afirmção tradicionalmente acatada indica que os médicos se tornam devedores de uma obrigação de meios. Basta a atividade profissional, consciente e dedicada, tendente à obtenção da cura, para concretizar o adimplemento contratual. A prova de eventual imperícia, imprudência ou negligência é atribuição do paciente-vítima ou de seus familiares. Esta, a fórmula, tradicionalmente, admitida pelo Judiciário: o fim último da Medicina é cuidar, não necessariamente curar (KFOURI NETO, 2019, p.18)

Assim, a obrigação de meio é obtida com o resultado desejado pelo paciente, pois depende de inúmeros fatores que escapam do controle total da medicina, como o estado de saúde do paciente, estrutura hospitalar, os conhecimentos técnicos do

profissional e o avanço da medicina para os tratamentos de determinadas patologias etc. Por esses motivos, na obrigação de meio, o ônus da prova é do paciente, que deve provar a culpa do médico.

Vale ressaltar ainda nesse tipo de obrigação, *Demogue apud Kfoury Neto* (2019, p. 99):

O médico contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso (morte etc.). Por exceção, se o médico que se compromete a prestar serviço ao doente não o faz, ele se torna plenamente responsável pelo dano.

Já na obrigação de resultado, o dever de indenizar surge pelo simples fato de não se obter o fim desejado, que segundo Kfoury Neto (2019), “é presumida a culpa do médico nas obrigações de resultado, em face do não atingimento da meta prometida, tendo como consequência processual o ônus da prova a seu desfavor”.

Porém deve-se levar em consideração o fato de que, sendo obrigação de meio, ou, sendo obrigação de resultado, o médico deve sempre empregar todos os cuidados esperados deste profissional de saúde devendo ser diligente e cuidadoso, cumprindo suas obrigações com seu paciente.

3.3. A Relação entre o Médico e o Paciente

O papel e a atuação do profissional médico sofreram diversas mudanças. O antigo médico de família que atuava de forma mais generalista, amigo e conselheiro, não existe mais. Atualmente tem-se uns médicos mais especialistas, restritos à sua área de atuação e distante da realidade da comunidade, e em contrapartida, inserido numa sociedade em intensa transformação tecnológica e com necessidade de respostas mais ágeis e assertivas.

Então, dentre os benefícios do avanço tecnológico e os novos tratamentos que surgem a todo o momento, e o distanciamento do médico do seu paciente, no sentido humano da profissão, abriram espaço para inúmeros conflitos na sociedade. Juntamente com este entendimento, ressaltar Kfoury Neto (2019) que:

Surgiram grandes organizações de medicina pré-paga, a necessidade de complexos cálculos atuariais, a preocupação primordial com os gastos e a

preservação do sistema, muitas vezes em detrimento de melhores cuidados ao enfermo. E sobrevêm os conflitos. A despersonalização da relação médico-paciente, de igual, gera quadro de antagonismos, no qual se inserem, com destaque, ações de ressarcimento de danos. As vítimas de atos culposos dos profissionais da saúde – comissivos ou omissivos – buscam reparação pecuniária para o abalo sofrido, com repercussões físicas e psíquicas (KFOURI NETO, 2019 p.17).

Neste contexto, aponta-se que o Poder Judiciário e os Conselhos Regionais e Federais de Medicina tem sido cada vez mais acionados na busca para a solução desses conflitos supracitados, seja para pedidos de ressarcimento de danos pela caracterização da responsabilidade civil do médico ou a infração a princípios éticos e morais que regulam a sua profissão.

Inicialmente havia uma relação pautada pela confiança, diligência e cuidado, criando um elo entre o médico e seu paciente, que passou a se tornar uma relação fria e distante, isto é, consumerista mesmo a saúde não sendo um produto a ser consumido pelo doente, mas pela relação entre as partes percebidas na atualidade.

3.4. Da Responsabilidade Civil do Médico

Como já tratado nos tópicos anteriores, aplica-se a responsabilidade subjetiva para o médico, ou seja, sendo necessária à comprovação da culpa caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia, para ensejar a responsabilidade civil do profissional de acordo com o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A responsabilidade civil do médico está relacionada ao cometimento de um erro, que advém de um desvio da conduta necessário, adequado, sem perícia e incompatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de uns médicos prudentes, podendo ser uma conduta omissiva ou comissiva. De acordo com Gomes, *Drumond e França (2001) apud Castro (2019)*.

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer desvio do médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dano ou sem ele (CASTRO, 2009.p. 40).

Neste escopo, a culpa médica está relacionada à comprovada imprudência, imperícia ou negligência, sendo importante distingui-las no contexto prático da

medicina. A negligência é o oposto da diligência, ou seja, é a omissão de um agir recomendável, necessário é a distração do profissional com os cuidados necessários ao seu paciente. De acordo com Kfourri Neto (2019):

Caracteriza negligência a troca de prontuários e exames; em neurocirurgia, médico não atentou para a radiografia invertida e operou o lado direito do cérebro, em vez do esquerdo; a demora no envio do paciente a especialista; o diagnóstico falho, por exame superficial; o retardamento na intervenção cirúrgica – a desatenção, a desídia, a falta de cuidado (KFOURI NETO, 2019. p. 110).

Assim, a imprudência, existe um ato comissivo por parte do médico sendo caracterizado pela precipitação e pela falta de cautela. O autor Kfourri Neto (2019) cita como de imprudência:

[...] A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada se garantia de vaga em UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos (KFOURI NETO, 2019. p. 111).

E por fim, a imperícia, caracterizada pelo despreparo prático e insuficiente conhecimento técnico, carência de aptidão, ocorrendo sua caracterização principalmente com médicos que atuam em determinada especialidade sem a devida qualificação. Conforme enfatiza Kfourri Neto (2019):

Imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão. (KFOURI NETO, 2019. p. 112).

Ademais, neste enfoque analisamos os requisitos para se configurar a culpa médica, notadamente quanto à comprovação de ato imprudente, imperito ou negligente.

3.5. Sistema Único de Saúde - SUS x Sistema de Saúde Suplementar

Conforme a ANS (Agência Nacional de Saúde) em dezembro de 2020, havia 711 operadoras médico-hospitalares operando no país e mais de 47 milhões de usuários dependentes desse sistema suplementar, maior número de usuários desde dezembro de 2016.

As operadoras de planos de saúde vêm ocupando um lugar de destaque devido a enorme procura da sociedade por maior segurança, qualidade e agilidade na prestação de serviços de saúde. Como um dos principais motivos impulsionadores dos números expressivos de crescimento da saúde suplementar no Brasil, temos o insuficiente Sistema Único de Saúde – SUS.

Segundo as informações do site do Conselho Nacional de Saúde – CNS, após a Emenda Constitucional 95 de dezembro de 2016, que instituiu um novo regime fiscal, o SUS teve uma perda de R\$ 22,5 bilhões a partir de 2018 até 2020. Além disso, também esclarece que os gastos em saúde por pessoa caíram de R\$ 594,00 (em 2017) para R\$ 583,00 (em 2019).

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatístico (IBGE/2019) - a parcela da população com mais de 65 anos era de 10,5% em 2018, e poderá atingir um percentual de 15%, em 2034, alcançando 25,5% em 2060. Portanto, o cenário apontado pelo CNS do futuro da saúde pública no Brasil é preocupante, porque ao invés de crescer, os investimentos têm sido reduzidos devido ao envelhecimento da população.

Desta forma, com o SUS não cumprindo o seu papel por completo, já que segundo a Constituição Federal, é sua obrigação prestar assistência à saúde de toda a população brasileira, o sistema de saúde suplementar acaba exercendo um importante papel no cenário da prestação de serviços de saúde no Brasil.

3.6. O Código de Defesa do Consumidor – CDC e a Lei 9.656/98

Os planos de saúde são caracterizados pela prestação contínua de serviços de assistência à saúde mediante uma contraprestação em pecúnia. Conforme *Schaefer* (2012) "a principal característica desses contratos é a bilateralidade do contrato e a reciprocidade das obrigações, ou seja, a operadora deve cobrir os eventos contratados e o consumidor/usuário deve pagar em dia as prestações acordadas".

De acordo com *Schaefer* (2012) trata-se de contratos de massa, adesivos, aleatórios e de execução continuada, que oferecem a cobertura mínima de serviços definida pela Lei 9.656/98, que regulamentou os planos e seguros privados de assistência à saúde, e caracterizou o plano de saúde no 1º inciso II: “[...] pessoa

jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

A referida Lei representou um marco de ampliação à proteção aos direitos do consumidor de planos e seguros de saúde e a sua aplicação não afasta o uso do CDC na relação operadora e usuário de plano de saúde, determinado no seu art. 35-G e de acordo com a Súmula 608 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)”.

O CDC e a Lei 9.656/98 devem ser aplicados de forma complementar, visto que ambos visam à proteção da vida, saúde e integridade física e psíquica. Assim, na contratação de planos de saúde, a operadora é considerada fornecedora, pois presta aos consumidores serviços de assistência à saúde, conforme determina o art. 3º, §2º, do CDC. Consoante com esse entendimento, de acordo com Schaefer (2012):

As operadoras de planos e seguros são pessoas jurídicas de direito privado, consideradas pelo ordenamento como **fornecedoras ou prestadoras de serviços típicos** que desenvolvem atividade subordinada à tutela do Código de Defesa do Consumidor (colocação no mercado de produtos e serviços de assistência privada à saúde, em consonância com o disposto na Lei 9.656/98). (SCHAEFER, 2012. p. 73).

Enfim, neste ponto foi justificado o papel do CDC em face às operadoras de planos de saúde.

3.7. Dados Atuais sobre o Erro Médico no Brasil

Destacam-se os dados atuais sobre erro médico no Brasil, a fim de contextualizar o problema trazido pelo objeto deste estudo e depois apontar-se-á a questão central do trabalho mais adiante.

Castro (2019) aponta dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e verificaram-se nos últimos anos um elevado índice de condenações na área da saúde no Brasil. No ano de 2017, foram pelo menos 26 mil processos referentes a erro médico chegando à apuração de que, na atualidade, 7% (sete por cento) dos médicos no Brasil sofrem processos.

O crescimento do número de processos por erro médico foi percebido ao comparar os dados do CNJ acima apontados de 2017, com os dados trazidos pelo relatório “Judicialização da Saúde no Brasil” de 2019, realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, que dentre outras informações relevantes, chamou atenção o alto número de casos envolvendo erro médico: 31.039.

Neste viés aponta-se o resultado do relatório “Justiça em Números” do CNJ de 2020, que dentre os assuntos mais demandados na Justiça Estadual no 2º e 1º graus e nos Juizados Especiais, está a responsabilidade civil. Segundo Kfoury Neto (2019), não resta dúvida de que uma das causas do aumento da quantidade de demandas contra profissionais da medicina é a “gradativa deterioração dos serviços médicos”.

Os vários fatores citados em reportagens que contribuíram para o aumento das referidas denúncias são a falta de instrumental adequado, a fraca discussão sobre Bioética nas faculdades, as precárias condições de trabalho. Devido ao expressivo aumento de demandas judiciais por motivo de erro médico foi analisado cotidianamente acerca dos motivos que podem ensejar esta ampliação do número de casos.

Uma matéria veiculada pela *Globonews* apresentou os dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos últimos anos o número de ações judiciais alegando erro médico aumentaram cinco vezes. No ano de 2016 eram 376 processos contra médicos e em 2019 esse número aumentou para 2080 ações. São quase 6000 demandas nos últimos três anos buscando indenizações por falhas supostamente cometidas por esses profissionais.

Em suma a matéria aponta as denúncias administrativas registradas no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, que alcançaram o número de 1428 casos, alegando negligência, imprudência ou imperícia. A justificativa elucidada na reportagem foi a grande oferta de cursos de medicina sem estrutura no país, no ensino insuficiente das faculdades, no crescimento da industrialização e tecnologia de ponta, a sobrecarga e condições de trabalho, dentre outros fatores.

O site do Conselho Federal de Medicina – CFM pode ser consultado o estudo da Demografia Médica no Brasil 2020, que apontou que o Brasil atualmente tem o dobro de médicos que tinha no início do século. No ano 2000, eram 230.110 médicos e em 2020, esse número chegou a 502.475 profissionais. Nesse período, a relação de médico por mil habitantes aumentou na média nacional, passando de 1,41 para 2,4.

Então, a preocupação do CFM e da população em geral está na qualificação e capacidade técnica dos novos médicos que estão entrando no mercado de trabalho.

3.8. A Responsabilidade Civil Objetiva e Solidária das Operadoras de Planos de Saúde e o Erro Médico

Como foi percebido no tópico anterior, o número de médicos no Brasil mais do que dobraram nos últimos vinte anos. Neste contexto, destaca-se que dentre os bens mais relevantes resguardados pelo Direito e a Medicina, temos o direito à vida, a saúde e a integridade psicofísica das pessoas.

Sobre este prisma, a atuação do médico pode afetar a vida de várias pessoas e ao analisar a responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde decorrentes do erro médico. Aponta-se que, a operadora de plano de saúde é caracterizada pelo CDC como fornecedora de serviços médicos, como diz em seu art. 14, incidindo em regra a responsabilidade objetiva da operadora, onde há responsabilidade sem aferição da culpa.

Neste escopo, na responsabilidade objetiva não necessita a demonstração da negligência, imprudência ou imperícia, mas pressupõe nexos de causalidade adequada entre a atividade do agente e o dano. Porém, a análise da responsabilidade civil da operadora de plano de saúde por erro médico precisa ser tratada com a devida atenção, cautela e boa-fé.

Ao existir uma rede credenciada ou cooperada por parte da operadora, limita o usuário à escolha do profissional médico constante naquela listagem, tem papel determinante na caracterização da responsabilidade civil. Entende-se que aquele profissional foi devidamente analisado pelos critérios de qualidade da operadora antes de ser inserido em sua lista de credenciados. Para Schaefer (2012):

O plano de saúde, caracterizada a responsabilidade objetiva, responde pela escolha de seus profissionais, independentemente da constatação de culpa. A lei consumerista determina que o fornecedor é responsável pela qualidade do serviço que coloca à disposição do mercado de consumo. Portanto, a operadora de plano de saúde é responsável pela qualidade dos serviços, do atendimento e dos profissionais que põe à disposição de seus consumidores por meio de listas vinculativas (SCHAEFER, 2012. p. 89).

Além disso, a operadora de plano de saúde por integrar a cadeia de fornecimento da assistência à saúde, também responde solidariamente pelo erro médico de seus credenciados ou conveniados de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, no art. 7º, parágrafo único, e no art. 25, §1º, que determina como regra de todo o sistema a solidariedade passiva de todos os fornecedores envolvidos na cadeia econômica.

Nesse caso, a responsabilidade é compartilhada pelo médico, pelo hospital (caso o atendimento tenha sido realizado em suas dependências) e pelas operadoras dos planos de saúde, permitindo-se o direito de regresso daquele que ressarcir o dano contra aquele que o provocou. Segundo Schaefer (2012) é:

Importante ressaltar que a relação existente entre o médico e a operadora, em regra, não é de preposição, mas sim de um prestador de serviços, ou nos casos de operadoras de planos de saúde constituídas como cooperativas médicas, o médico pode ser um cooperado. Em qualquer um dos casos, o contrato vinculando o médico a operadora de plano de saúde, reforça a previsão de responsabilidade solidária da operadora conforme o CDC. (SCHAEFER, 2012. p. 89).

Nesta linha de pensamento Kfoury Neto (2019) diz que:

Respondem as operadoras de planos de saúde e os médicos a elas vinculados, solidariamente, diante dos danos causados pelo profissional. Relevante é o fato de o médico ser colocado à disposição pela operadora – e por ela indicado, usualmente em listagem distribuída ao usuário. Nesse caso, a pessoa jurídica aparece como fornecedora de serviços médicos e é parte legítima para também figurar no polo passivo da ação indenizatória [...] (KFOURI NETO, 2019. p. 157).

Neste contexto, a responsabilidade solidária, é possível ao credor exigir o cumprimento integral da obrigação de apenas um ou de todos os devedores, destaca SCHAEFER (2012):

Destarte, é do consumidor a escolha de quem irá acionar na busca da reparação de seus prejuízos, pois os responsáveis solidários não precisam ser demandados ao mesmo tempo, facultando-se ao que ressarcir o dano o direito de regresso contra quem o causou (trata-se, portanto, de litisconsórcio facultativo) (SCHAEFER, 2012. p. 91).

Este preceito é devido a ideia de risco assumido pela operadora ao contratar profissionais e estabelecimentos para a prestação de serviços oferecem, dando o prévio aval de excelência, aos beneficiários, que são consumidores do serviço suplementar de saúde.

Contudo, como já abordado neste estudo, o erro médico para ser caracterizado depende da comprovação da culpa do médico, por negligência, imprudência ou imperícia, visto que se trata de um profissional liberal que responde de forma subjetiva nos termos dos arts. 186 e 951 do Código Civil e art.14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Para Kfoury Neto (2019):

[...] não importa que o médico seja plantonista no pronto-socorro ou atenda em qualquer outra dependência do hospital. Pelos atos puramente médico, necessário reiterar, há que se comprovar a *culpa* do profissional, a fim de se estabelecer à responsabilidade solidária da pessoa jurídica (KFOURI NETO 2019, p.49)

Todavia, antes de ser decretada a responsabilidade objetiva e solidária da operadora de plano de saúde pelo erro médico de seu credenciado é preciso que a responsabilidade subjetiva do médico seja caracterizada, pois a interpretação da prática médica exige uma obrigação de resultado e se o médico não tivesse a culpa, o plano de saúde arcaria de forma objetiva com o dano causado mesmo sem a existência de culpa.

Castro (2019) destaca que “Cumprir ressaltar que responsabilizar um médico objetivamente acabaria por desencadear um número ilimitado de indenizações contra profissionais que não concorreram efetivamente para a ocorrência do dano”. Porém, nos casos de erro médico, para que seja configurada a responsabilidade objetiva e solidária da operadora de plano de saúde deverá ser provado que o médico integre sua lista de credenciados e tenha agido com culpa.

4. O USO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS CONTRA COVID 19: CASO PREVENT SENIOR

Neste último capítulo, fazemos uma breve caracterização fazendo uma explanação sobre o uso de medicamentos experimentais no tratamento da Covid 19, especificamente sobre o caso da Operadora de Saúde Prevent Sênior e a aplicação da Responsabilidade Civil de médicos e operadoras de planos de saúde no uso destes medicamentos experimentais, fazendo de seus pacientes “cobaias humanas”.

Contextualizamos sobre o Caso Prevent Sênior e sobre as denúncias que levaram a investigação mais apurada é que levaram as diversas irregularidades ao Ministério Público e a Comissão Parlamentar de Inquérito- CPI da Covid.

Enfim, por ser um caso recente trazemos a primeira jurisprudência sobre o referido caso, objeto de estudo desta monografia que será exposto adiante.

4.1. Caracterização

Ao abordar o objeto de estudo neste último capítulo, que está em constante desenvolvimento acompanhando a evolução da sociedade no enfrentamento dos problemas que lhes são impostos a cada dia e considerando os efeitos que podem surgir em virtude da pandemia de COVID-19 e apresenta-se a conduta humana de médicos e sua atuação nos tratamentos de pacientes acometidos pela referida doença.

Pode-se observar, neste contexto, problemas relacionados à responsabilidade civil subjetiva destes médicos e ainda sem esquecer a responsabilidade dos planos de saúde. E, percebem-se os reflexos jurídicos da pandemia do novo Coronavírus que são muito debatidos, mas ainda não é possível determinar com exatidão o que está por vir ou prever todos os casos passíveis de incidência de responsabilidade ou da sua exclusão se acontecer alguma decisão posteriormente.

Nesta conjuntura, *Rosenvald, Correia, Monteiro Filho e Kfour* (2021) posicionam-se sobre:

A avaliação dos requisitos da responsabilidade civil, especialmente no que se refere ao nexos de imputação e à delimitação do nexos causal, é relevante em virtude dos efeitos da Covid-19, pois em meio à pandemia do coronavírus, e diante da necessidade de enfrentar os efeitos da Covid-19, ganham relevo à análise do exercício da atividade do médico, os procedimentos adotados pelos hospitais e as ações dos fabricantes de medicamentos.

Para isso, nota-se no artigo que os requisitos da responsabilidade civil podem ajudar a refletir sobre hipóteses ou situações de incidência e avaliá-los, especialmente no que se refere ao nexo de imputação e à delimitação do nexo causal e da análise do exercício da atividade do médico, os procedimentos adotados pelos hospitais e as posturas dos planos de saúde acarretaram uma repercussão geral.

Rosenvald e Clemente (2021), mencionam que o IBERC (Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil) enviou, em abril de 2020, a alguns parlamentares uma proposição de mitigação da responsabilidade civil de médicos e profissionais de saúde, no sentido de que não fossem responsabilizados por eventos adversos relacionados ao COVID-19, exceto em casos de grave negligência.

4.2. A Aplicação da Responsabilidade Civil ao Médico Diante do Uso de Medicamentos Experimentais no Tratamento contra Covid

Os profissionais de saúde têm responsabilidade civil subjetiva, mesmo com as limitações, porque possuem um compromisso ético o qual é estabelecido pelo seu conselho de classe e não possuem imunidades absolutas.

Os prestadores de cuidados de saúde serão responsabilizados por atos, omissões e decisões forem deliberadas, desrespeitosos, negligentes, grosseiros, discriminatórios ou intencionalmente violem normas éticas.

Nesse sentido, em 28 de abril de 2021, Rosenvald e Clemente (2021) revisando o posicionamento de Rosenvald, Correia, Monteiro Filho e Khouri, acerca desta polêmica assinalaram que:

A covid-19 é a primeira crise contemporânea de saúde pública com potencial para sobrecarregar o sistema público de saúde. A assistência à saúde é um recurso da sociedade compartilhada e, portanto, os princípios éticos que orientam seu racionamento exigem que serviços, medicamentos e equipamentos sejam aplicados onde forem mais eficazes os que priorizam os pacientes com maior probabilidade de se beneficiar do tratamento. Os prestadores de serviços de saúde - principalmente médicos - tomarão decisões racionais com recursos escassos, e merecem uma liberdade considerável para as suas deliberações de boa-fé guiadas por estruturas éticas estabelecidas. O padrão de atendimento adequadamente aplicado sofre modulação em sua aplicação, pois profissionais de saúde tomam decisões sob o estresse das condições de triagem da covid-19. É apropriado que os formuladores de políticas públicas (de preferência o Congresso, já que pandemias precisam de uma resposta coordenada em nível federal) articulem 'padrões de atendimento de crise' especiais para desastres em massa, como a covid-19.

Mencionam-se aqui acerca de 280 estudos realizado pelo mundo, segundo a *Home-ClinicalTrials.gov*, que comprovaram e vem comprovando desde agosto de 2020, que já havia razoável consenso sobre a inadequação do uso tratamento do chamado “kit covid” e ainda neste banco de dados de estudos clínicos privados e públicos conduzidos em todo o mundo não apresentou a eficácia dos referidos fármacos para adequação e uso em tratamento em hospitais.

Especificamente, *Bernadelli et al. (2021)* apresentaram ainda outro ponto relevante, um ensaio clínico randomizado e controlado mencionado que avaliou a eficácia da cloroquina/hidroxicloroquina em pacientes graves com COVID-19 no Brasil, que apresentou resultados a seguir:

O uso de Clq/HClq na maioria dos estudos não randomizados e em ensaios clínicos randomizados até o momento, especialmente em pacientes com COVID-19 leve ou moderado, não mostrou nenhum benefício associado em termos de mortalidade ou melhora clínica [...]. No estudo *Coalition Covid-19 Brasil I*, o HClq com ou sem azitromicina, quando comparado ao tratamento padrão, não resultou em melhora clínica ou dano em pacientes internados no hospital com COVID-19 leve a moderado[...]. Nosso estudo selecionou pacientes com formas mais graves de pneumonia COVID-19, o que pode ser responsável, pelo menos em parte, pelas diferenças que encontramos.

Foi percebido o risco que estes pacientes correram ao serem tratados neste referido estudo, mas mesmo assim o tratamento com a medicação em tela foi recomendado pelo Ministério da Saúde do Brasil em vários outros países, mesmo quando o ensaio apresentou vários problemas na execução farmacológica, como disfunção renal, efeitos cardiovasculares, arritmias e até a morte de pacientes.

Ademais, percebe-se claramente que no artigo tais fatos trazem evidências científicas plausíveis e de fácil percepção destes médicos, sendo de fácil entendimento que a utilização destes medicamentos não trouxe resultados positivos como apresentados nos estudos pautados a nível internacional. Assim:

Apesar dessa polêmica, no Brasil, o Clq / HClq foi formalmente recomendado para o tratamento da COVID-19 pelo Ministério da Saúde para os casos graves desde 27 de março de 2020 e para os casos leves desde 21 de maio de 2020. Portanto, optamos por testar Clq / HClq em uma dose menor do que em outros estudos, mas oficialmente sugerida no Brasil e em vários protocolos internacionais no início do estudo. Mesmo com uma dose baixa de Clq / HClq apenas em pacientes com COVID-19 grave, encontramos um desfecho clínico claramente prejudicial no 14º e 28º dias e aumento da incidência acumulada de necessidade de VMI e disfunção renal até o 28º dia. (BERNARDELLI ET AL., 2021)

Acresça-se que o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/18), ao mesmo tempo em que reconhece a autonomia médica, impõe-lhe o limite da

conduta pautada pela ciência (v. XVI [Princípios Fundamentais] e II [Direitos do Médico] e as vedações constantes dos arts. 1º, 14, 32, 100, 102 e 113), cabendo ponderar a responsabilidade dos médicos, hospitais e planos de saúde quando em desacordo com tal parâmetro.

Não obstante isso, o presidente da República determinou que fosse intensificada sua produção cogitou a sua utilização domiciliar e sem supervisão médica, o que agrava sobremaneira o risco de mortes.

Por fim, percebe-se que a sociedade mudou suas condutas frente aos desafios sanitários causados pela pandemia, porém não se pode esquecer que não se pode e nem se deve permitir o descumprimento dos preceitos legais que permitem a responsabilidade pela negligência médica, com a provocação de danos causados pela conduta humana, devendo-se preservar a regência da ética da conduta destes profissionais, mesmo num momento tão delicado em que a sociedade brasileira, e, mundial passa por causa da pandemia do COVID-19.

4.3. Caso PREVENT SENIOR

É neste cenário que também se aponta outro problema a seguir, pois, como tratado por *Balza* (2021) sobre a *Prevent Senior*, alega o autor que “tem monitorado os resultados e evidências clínicas de mais de 130 mil beneficiários testados para COVID-19 nos últimos 12 meses” e que “os resultados trazem evidências robustas que o conjunto de tratamentos com diversas medicações evita o agravamento da Covid-19”.

Nessa direção, é possível notar algumas providências que modulam a atuação dos médicos e planos de saúde que utilizaram tratamentos experimentais.

Percebem-se ainda, algumas condutas que antes eram vedadas, ou que não eram recomendadas num cenário de normalidade, passaram a ser admitida e contribuem para flexibilizar as exigências em relação à atuação dos médicos.

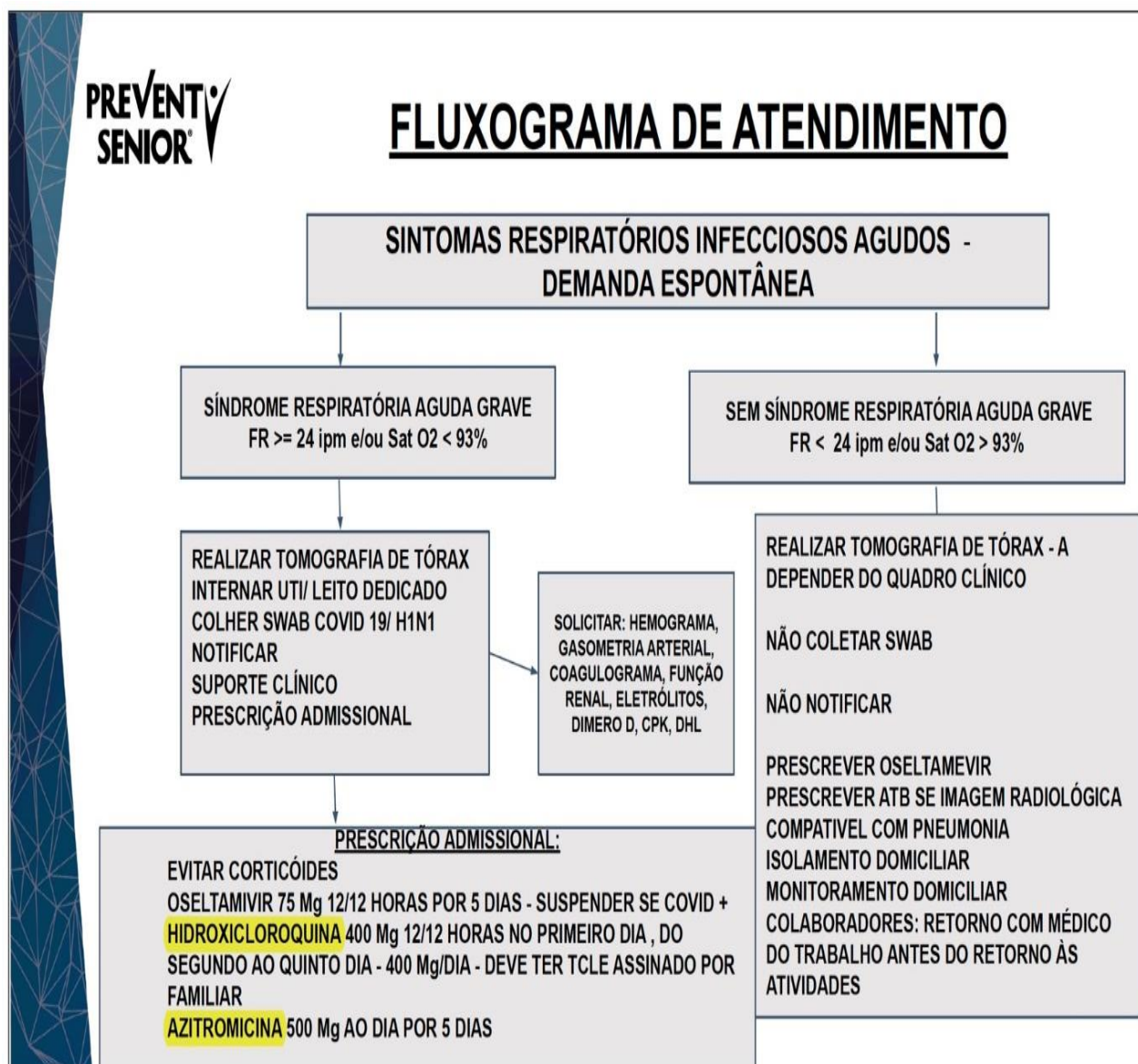
Por razões óbvias, isso não quer dizer que a pandemia por si só irá eximir a responsabilidade do médico na sua atuação, mas é possível afirmar, que ela contribuiu para um relaxamento na exigibilidade de determinadas condutas humanas neste contexto.

Além da modificação do patamar de exigência da conduta médica a situação excepcional, extraordinária e inevitável, tentou-se afastar a imputação da

responsabilidade, ainda que se adote a teoria do risco pela caracterização de sua excludente.

Veja-se a seguir figuras 1 e 2 dos fluxogramas de atendimento utilizados pela empresa *Prevent Senior* e o seu protocolo de tratamentos a pacientes.

FIGURA 1 – FLUXOGRAMA DE ATENDIMENTO DA PREVENT SENIOR



Fonte: <https://www.Poder360.com.br/coronavirus/conheca-o-protocolo-da-prevent-senior-para-tratar-pacientes-com-cloroquina/>

FIGURA 2 – PROTOCOLO DA PREVENT SENIOR PARA TRATAR PACIENTES COM HIDROXICLOROQUINA.

PREVENT SENIOR

PROTOCOLO HIDROXICLOROQUINA

TODAS AS LIBERAÇÕES/ PRESCRIÇÕES
OBRIGATÓRIO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE ESCLARECIDO
REALIZAR ECG - ANTES DO INÍCIO DO TRATAMENTO E DURANTE TODO O
TRATAMENTO - ATENÇÃO COM INTERVALO QT

HIDROXICLOROQUINA 400 Mg 12/12 HORAS NO PRIMEIRO DIA
SEGUNDO AO QUINTO DIA - 400 Mg/DIA
SUSPENDER NO D5
+
AZITROMICINA 500 Mg AO DIA POR 5 DIAS

CONTRA INDICAÇÕES ABSOLUTAS - HIDROXICLOROQUINA
GRAVIDEZ
RETINOPATIA/MACULOPATIA DIAGNOSTICADA
HIPERSENSIBILIDADE AO FÁRMACO
MIASTENIA GRAVIS

ORIENTAR SOBRE OS RISCOS DE
RETINOPATIA
HIPOGLICEMIA
TOXICIDADE CARDÍACA

CASOS DE TRATAMENTO DOMICILIAR SERÃO
ACOMPANHADOS PELA TELETRIAGEM

Fonte: <https://www.Poder360.com.br/coronavirus/conheca-o-protocolo-da-prevent-senior-para-tratar-pacientes-com-cloroquina/>

Apesar disso, em 14 de abril de 2021, veiculou-se matéria com a denúncia de ex-médicos da empresa *Prevent Senior* de que eram obrigados a prescrever o “Kit Covid”, apresentando, inclusive, mensagem de diretor da empresa na qual textualmente orientava os médicos a “não informar o paciente ou familiar sobre a medicação e nem sobre o programa” (BALZA, 2021).

Nesse sentido, ponto que merece destaque sobre estas mudanças durante a pandemia é o uso *off label* de medicamentos ou uso compassivo de outros medicamentos de forma experimental nos casos de doenças novas como a COVID-19, sobre a qual ainda não há tratamento disponível, onde percebe-se a postura do médico, hospitais e planos de saúde no enfrentamento da referida doença.

Assim, surge o impasse sobre como haveria de se portar o médico ante os dilemas propostos pela pandemia: poderiam decidir tomar uma atitude positiva em usar um medicamento não testado adequadamente ou deveriam permanecer passivo e preso por *standards* de conduta que não são exigíveis nas circunstâncias atuais?

Ademais, mesmo diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, cometeria infração ética do médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina nos termos acima expostos, em pacientes portadores da Covid - 19?

São muitos desafios, dúvidas, muitas incertezas e mudanças cotidianas acerca do tratamento e à volta a vida normal estas inquietações trazidas Rosenvald (2021), em texto de maio de 2020, cita ainda que:

A proposta legislativa é necessária, pois as condições sob as quais os profissionais de saúde trabalham mudaram drasticamente, principalmente em regiões afetadas pelo coronavírus. Por trás das medidas de proteção para os profissionais de saúde estão as circunstâncias de emergência causadas pelo surto da covid-19, incluindo os trabalhadores voluntários da assistência à saúde que auxiliam entidades sem fins lucrativos e governamentais. A proteção transcende as decisões dos profissionais de saúde. Em circunstâncias sem precedentes, estes profissionais atuam em ambientes perigosos, desprovidos dos recursos de que precisam. Hospitais inundados com casos de coronavírus forçaram médicos e enfermeiros a testar métodos de esterilização, de materiais alternativos e tratar pacientes com drogas off label, utilização de dispositivos médicos para uso não aprovado e, por vezes sem uso de equipamento de proteção adequado (EPI), em instalações não tradicionais ou em locais ou especialidades em que não são necessariamente licenciados. A alta demanda de EPI e a falta de suprimento estabeleceu um padrão de atendimento diferente em uma emergência como essa. A lógica normativa é fundamentada no princípio da reciprocidade. Quando a sociedade pede que alguns de seus membros corram grandes riscos pessoais ao servir os interesses do público, é razoável esperar que a sociedade assuma algumas responsabilidades por eles em troca dos riscos assumidos. Com efeito, segundo o Código de Ética Médica (RES. CFM Nº 2.217/2018), entre os direitos dos médicos, encontra-se o de 'V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência...'. Portanto, no caso de profissionais de saúde que trabalham na linha de frente durante uma pandemia, é esperado se disponibilize aos profissionais os recursos necessários para se proteger (e, por extensão, suas famílias) enquanto servem (v.g. máscaras, CAPOTES e EPI), para cuidar de provedores e suas famílias que adoecem como resultado de seu serviço e para apoiar as famílias de provedores que perecem no cumprimento do dever. Consistente com essas obrigações recíprocas é apropriado que a sociedade reduza os riscos de responsabilidade impostos àqueles que em uma emergência de saúde pública estão sujeitos a riscos pessoais substanciais não apenas a si mesmos, mas também a suas famílias.

Todavia, a objetiva alteração das circunstâncias impõe a adequação da análise judicial de padrões de conduta profissionais ao cenário de calamidade sanitária, em que a responsabilidade pessoal do médico se mantém subjetiva, porém a avaliação casuística do «cuidado razoavelmente exigível» seria contextualizada ao quadro de exceção.

A condição emergencial não impede que pretensões sejam exercidas contra profissionais da saúde, mas fornecem-lhes defesas adicionais naquilo que se relaciona a covid-19, além daquelas já permitidas pela legislação. Porém, na ausência de uma regulamentação jurídica transitória, se regras incertas de responsabilidade dissuadirem provedores de assistência médica a prestação de serviços de emergência, os interesses mais importantes do público não serão atendidos.

4.4. A CPI da COVID X Prevent Senior

O material jornalístico produzido pelo Estadão apontado por *Seggatto (2021)* “menciona que Entidades esperam por punição, mas sem desassistência aos mais de 500 mil clientes da empresa; grupo divulgava uso de kit covid, mas em julho de 2020 ANS convidou operadora para apresentar experiências exitosas na “pandemia”, mesmo assim, “Clientes, entidades de defesa do consumidor e estudiosos esperam do mercado de saúde esperam desfecho do Caso Prevent Sênior.

A CPI da COVID recebeu denúncias formais que afirmaram que a Prevent Sênior e o Governo Federal fizeram um acordo no início da pandemia do Coronavírus, para testar e disseminar medicações do KIT COVID, no qual foi identificada uma série de irregularidades que foram praticadas. Situação foi revelada pelo Globo News e G1 em abril de 2020 levando o Ministério Público a abrir as investigações.

Segundo *Balza (2021)*, a Prevent Senior afirmou, por meio de nota, que sempre atuou "dentro dos parâmetros éticos", porém foram detectados os primeiros desdobramentos do acordo entre a referida operadora de saúde e governo federal, segundo a denúncia, foi a pesquisa feita com mais de 600 pacientes para testar a eficácia da hidroxicloroquina contra a Covid-19, realizada entre março e abril do ano passado.

Segundo a matéria, o resultado teria sido manipulado para que os resultados fossem favoráveis ao uso da hidroxicloroquina contra o coronavírus. A denúncia afirma que a referida operadora de saúde realizou uma série de tratamentos experimentais em seus pacientes, na maioria das vezes sem que houvesse consentimento deles ou de familiares, tornando-os em “cobaias humanas” para testagem destes fármacos como tratamento contra Corona Vírus.

Neste contexto, foram ocultados óbitos com ensaios com hidroxicloroquina associado a azitromicina, onde médicos e ex-médicos da referida operadora

apresentaram um dossiê ao Ministério Público, em que detinham os dados relevantes sobre as denúncias e irregularidades que nortearam o dossiê apresentado.

A denúncia apontou ainda, que a Prevent Sênior realizou uma série de tratamentos experimentais em seus pacientes, muitas vezes sem que houvesse consentimento deles, sendo estes pacientes usados como "cobaias humanas" para testar medicações contra a Covid e ainda ocultaram mortes de pacientes que participaram de um estudo realizado para testar a eficácia da hidroxicloroquina, associada a azitromicina, para tratar a Covid-19.

Os dossiês ao qual a Globonews acessou foram encaminhados para a CPI da Covid com todas as denúncias de irregularidades, elaborado por médicos e ex-médicos da Prevent. Em abril, outra reportagem da *Globonews* trouxe relatos de médicos que trabalharam na operadora foram coagidos a prescrever os remédios do kit Covid e que foram forçados a trabalhar.

Assim, a Prevent Sênior é investigada desde março pelo Ministério Público de São Paulo, que abriu um inquérito civil após uma reportagem da Globonews mostrar 12 relatos de associados do plano que estavam recebendo o kit covid, mesmo que parte deles nem sequer tinha diagnóstico confirmado de Covid-19 e tais informações foram incluídas na investigação da promotoria.

Segundo Balza (2021) o Ministério Público também investiga o uso de medicações sem eficácia comprovada, como flutamida, etanercepte, heparina inalatória e ozonioterapia. DHPP (Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa da Polícia Civil de São Paulo) e ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) também abriram investigações.

Neste viés, apesar de proibidos foi possível ver que a cloroquina e a ivermectina continuam sendo prescritas mesmo após o Ministério da Saúde ter declarado que tais medicamentos não funcionam, o próprio ministro Marcelo Queiroga ter desaconselhado o uso das medicações e depois de estudos amplos de meta-análise indicarem que a cloroquina pode provocar um aumento das mortes de pacientes, e não a redução.

4.5. A Primeira Jurisprudência sobre o Caso Prevent Senior

Em reportagem escrita por Mattos *et al* (2021) apontou que a Justiça de SP condena Prevent Senior a pagar aproximadamente R\$ 2 milhões a família que precisou transferir paciente que tomou 'kit Covid' para o Einstein. Segundo juiz houve falha no atendimento prestado pela operadora de saúde que 'não providenciou internação em UTI, recomendada pelo grave estado do paciente, inicialmente atendido em enfermaria'.

Neste contexto, a Justiça de São Paulo determinou que a Prevent Senior deposite R\$ 1,92 milhão em juízo para o pagamento do tratamento do aposentado Carlos Alberto Reis, 61 anos, que tomou o "kit Covid" após ser internado em uma unidade hospitalar da operadora de saúde na capital paulista e não receber o atendimento adequado contra a Covid-19.

Nesta matéria, apontou os motivos da decisão apontou que não houve eficácia na ocasião, “o paciente foi transferido, por opção da família para o Hospital Israelita Albert Einstein, onde ficou internado, pois o hospital privado era a único com unidade de terapia intensiva (UTI) disponível na época, em março de 2021”. E o mesmo “teve alta após dois meses de internação”.

A decisão foi do juiz Guilherme *Santini* Teodoro, da 30ª Vara Cível, foi assinada na segunda-feira (27), mas publicada nesta quarta-feira (29), e determina que a empresa deposite em juízo os quase R\$ 2 milhões em até 5 dias, que tem caráter liminar (provisória, sem a defesa da empresa) e cabe recurso. O valor será destinado apenas para pagar o Einstein.

A matéria de Mattos (2021) mencionou ainda que “na decisão, o juiz diz ver ‘elementos indicativos de falha em atendimento médico-hospitalar ‘por parte da Prevent Senior, com base em relatórios médicos presentes nos autos’”. Sendo mencionado na decisão, que o “paciente mostrou que tomou medicamentos comprovadamente ineficazes, como ivermectina e hidroxicloroquina’, para o tratamento do coronavírus, quando o paciente já estava com insuficiência respiratória”.

Segundo o magistrado nesta reportagem em tela, a piora progressiva e a falta de ventilação obrigaram a família a seguir a recomendação de um médico particular e transferir o aposentado para um hospital privado, sendo o Einstein era o único com UTI disponível na ocasião, alegou a família. E desta forma o magistrado decidiu que:

A aparente falha em atendimento médico-hospitalar da rede credenciada da ré, -- com quadro de insuficiência respiratória, instabilidade hemodinâmica, sepse, piora progressiva e falta de bloqueador neuromuscular necessário para

adequada ventilação --, determinou, -- por decisão da família com médico de confiança, transferência para o hospital Albert Einstein, na ocasião, aparentemente, o único com vaga em UTI, sobrevivendo, então, melhor atendimento até alta que, segundo o relatório referido, demorou por causa das intercorrências e atrasos no tratamento adequado no hospital Sancta Maggiore.

A família do doente disse que teve que pedir dinheiro emprestado a familiares e amigos para pagar o hospital Albert Einstein e o tratamento após a doença e que, por isso, recorreu à Justiça, para que a Prevent Senior fosse condenada a arcar com os valores do tratamento no Einstein, escreveu o magistrado na decisão, que é pública.

Na reportagem aponta novamente que Prevent Senior é alvo de série de investigações por falha em serviço como

A operadora de saúde é alvo de investigação da CPI da Covid, no Congresso Federal, do Ministério Público de São Paulo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e de órgãos de vigilância por falha na prestação de serviços e até por negligência e omissão de mortes de pacientes com Covid-19 durante a pandemia.

Apesar da decisão ser provisória, torna-se um marco na garantia dos direitos a vida e a saúde do paciente que se tornaram cobaias nesses tratamentos experimentais receitados por médicos que da referida operadora de saúde. O Valor determinado em decisão provisória será pago em juízo e destinado direto para as custas do hospital. Cabe recurso.

Em outra matéria da G1. no dia 05 de outubro de 2021, Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP nega recurso, e Prevent Senior deposita R\$ 1,9 milhão para pagar tratamento de idoso com Covid transferido para o Einstein. A decisão foi eminente e citou fala da desembargadora mencionando que:

o prontuário médico também indica o uso de FLUTAMIDA (fls. 432) medicamento não indicado para o tratamento de COVID-19, e há notícias, de conhecimento público, de investigações em andamento em relação ao plano de saúde por tratamento com utilização de medicação inadequada, no mesmo período de internação do autor da demanda, tais fatos, configura, no caso concreto, *fumus boni iuris*, preenchido o requisito para concessão da tutela de urgência.

Em suma, o *fumus boni iuris* está ligado à plausibilidade ou aparência do direito afirmado pelo próprio autor na ação principal. Em outras palavras, para que o autor do processo possa fazer jus a uma tutela cautelar terá de demonstrar que os fatos narrados na inicial foram plausíveis.

Enfim, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou recurso da operadora de planos de saúde Prevent Senior e manteve a decisão do juiz que determinou que a empresa deposite

judicialmente R\$ 1,92 milhão para pagar o tratamento de um paciente da operadora que teve de ser transferido para o Hospital Israelita Albert Einstein para receber o atendimento adequado contra a Covid-19.

5. CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho de conclusão de curso foi possível notar que em razão do entendimento de responsabilidade civil de médicos e planos de saúde ao realizar tratamentos experimentais contra uma doença sem nenhum saber científico comprovado.

Neste escopo, tornou-se necessário que os institutos jurídicos acompanhassem tantas mudanças, mas não muda o compromisso e a relação consumerista percebida neste caso analisado, sendo necessário um respaldo para pacientes e familiares, pois tanto o médico quanto a operadora de plano de saúde respondem de forma solidária aos danos que causaram.

A responsabilidade civil do profissional médico tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a culpa - causador de um dano pela violação à autonomia do paciente

O Código Civil enumera alguns casos em que a responsabilidade torna-se objetiva, malgrado o Brasil ter adotado como regra a teoria subjetiva. As mudanças basearam-se na teoria do risco, bem como em avanços que ocasionaram mudanças de paradigmas frente à sociedade.

Destarte, as normas e regras jurídicas devem proteger as relações entre as partes envolvidas e mediar os conflitos gerados, mas também devem respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a saúde dos pacientes que tornaram-se cobaias neste experimento.

Os institutos pátrios que regem esta situação ainda são alvos de alterações, como aquelas no âmbito administrativo através de resoluções normativas dos Conselhos Regionais e Federais de Medicina, e também àquelas que derivam do ordenamento jurídico, através da legislação e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Assim, com o crescente avanço do vírus “corona”, que teve início de 2020 Brasil fizeram aumentar as demandas judiciais em litígios que versam sobre essas situações, demandando então um estudo mais aprofundado para que se possam analisar os casos concretos, onde o ramo do Direito, ainda encontra barreiras no que diz respeito a tornar o entendimento uníssono.

Apesar disso, o médico, como observou-se nessa pesquisa, possui a responsabilidade civil, pois ao tratar pacientes com medicações sem nenhuma eficácia científica colocará em risco a saúde e a vida dos pacientes. Observa-se pelo exposto, que estes tratamentos experimentais caracterizam-se como obrigação de resultado, e não de meio, pois o paciente busca unicamente a melhora de sua saúde.

Caracterizando-se então como responsabilidade objetiva, invertendo-se inclusive o ônus da prova, ficando este sob responsabilidade do médico. Nota-se também o firmamento do entendimento da inexistência de consenso sobre o tratamento da Covid-19, todo e qualquer medicamento empregado devem ser experimentais ou *off label*, fato que, de acordo com o entendimento da jurisprudência, não confere aos planos de saúde o direito de negar sua cobertura e custeio para os segurados.

Enfim, nota-se que existe um grande empenho por parte dos operadores do direito, analisar os aspectos deste tema complexo, aproximando a garantia de justiça. A jurisprudência acerca do tema vem evoluindo de modo a dividir a aplicação da lei e sua interpretação no caso Prevent Senior, pois ainda é muito recente e desafiador.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ramirthis Laura Xavier. **Resenha Crítica Referente à Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74677/resenha-critica-referente-a-responsabilidade-civil-objetiva-e-subjetiva-do-estado>. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

ANS – Agência Nacional de Saúde. **Dados gerais**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 20/03/2021.

ANS – Agência Nacional de Saúde, trata-se de uma autarquia especial de normatização controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Os dados apresentados são divulgados e atualizados periodicamente em seu endereço digital: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 02/12/2021.

ARARIPE, Lucas Andrade. **A responsabilidade civil hospitalar e médica. Uma diferenciação necessária**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/335070/a-responsabilidade-civil-hospitalar-e-medica-uma-diferenciacao-necessaria>> Acesso em: 14/11/2021

BACARIM, Maria Cristina de Almeida. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual**. A culpa e a responsabilidade civil contratual. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc3.pdf?d=63668046802408625> Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BALZA, Guilherme. **Ex-médicos da Prevent Senior afirmam que operadora obrigava a trabalharem com Covid-19 e a receitar medicamento capaz de provocar hepatite fulminante**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/04/11/ex-medicos-da-prevent-senior-afirmam-que-operadora-obrigava-a-trabalharem-com-covid-19-e-a-receitar-medicamento-capaz-de-provocar-hepatite-fulminante.ghtml>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

BALZA, Guilherme. **MP vai investigar distribuição de 'kit Covid' a pacientes da Prevent Senior em SP**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/03/24/mp-vai-investigar-distribuicao-de-kits-de-tratamento-precoce-a-pacientes-da-prevent-senior-em-sp.ghtml>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

BALZA, Guilherme. **Investigada na CPI da Covid, Prevent Senior ocultou mortes em estudo sobre cloroquina apoiado por Bolsonaro**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/16/investigada-na-cpi-da-covid-prevent-senior-ocultou-mortes-em-estudo-sobre-cloroquina-apoiado-por-bolsonaro.ghtml> Acesso em: 16 de setembro de 2021.

BERNARDELLI, Rafaella Stradiotto; OLIVEIRA, Mirella Cristine; QUEIROGA, Marcos Vinicius Oliveira; RÉA-NETO, Álvaro e REESE, Fernanda Baeumle. **An open-label randomized controlled trial evaluating the efficacy of chloroquine/hydroxychloroquine in severe COVID-19 patients**. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-021-88509-9>. Acesso em: 23 de junho de 2021.

CASTRO, Karina Pinheiro. **Seguro de Responsabilidade Civil Médica e a Relação Médico-Paciente**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina; USP – Universidade de São Paulo. **Demografia Médica no Brasil**. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index10/?numero=23&edicao=5058#page/4>. Acesso em: 20/08/2021.

CORREA, Vitor Augusto Osório. **Conciliação e mediação em conflitos de direito médico**. Disponível em: <https://vitorcorreaadv.jusbrasil.com.br/artigos/751524409/conciliacao-e-mediacao-em-conflitos-de-direito-medico?ref=feed>. Acesso em: 20/08/2021.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 27/08/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. VII.

DPJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias. Relatório Justiça em Números. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Data de Acesso: 20/08/2021.

FREITAS, Daniella Cabral de; GODOY, Henrique; SILVEIRA, Sergio Antonio Dias da. **Protocolo do Manejo Clínico Covid 19**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/conheca-o-protocolo-da-prevent-senior-para-tratar-pacientes-com-cloroquina/>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de direito Civil 3 – Responsabilidade Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Damares Torres. **Os impactos financeiros da judicialização da saúde em operadoras de saúde suplementar**. JUS.COM.BR, dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70676/os-impactos-financeiros-da-judicializacao-da-saude-em-operadoras-de-saude-suplementar>. Data de Acesso: 25/08/2021.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Data de Acesso: 25/08/2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4. – Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2012.

Home-ClinicalTrials.gov. 280 Estudos encontrados para: HYDROXYCHLOROQUINE|COVID-19. Disponível em: <https://clinicaltrials.gov/ct2/results?cond=COVID19&term=HYDROXYCHLOROQUINE&cntry=&state=&city=&dist=>). Acesso em: 23 de junho de 2021.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL PODE PREJUDICAR A POPULAÇÃO MAIS POBRE. Abramge, 2020. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/judicializacao-da-saude-no-brasil-pode-prejudicar-a-populacao-mais-pobre/>. Acesso em: 25/08/2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Pesquisa bibliográfica. In: LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatórios publicações e trabalhos científicos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992. Cap. 2. p. 43-77.)

MATTOS, Marcela e STOCHERO, Tahiane. **Justiça de SP condena Prevent Senior a pagar R\$ 2 milhões a família que precisou transferir paciente que tomou 'kit Covid' para o Einstein**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/09/29/tj-sp-condena-prevent-senior-a->

[pagar-r-2-milhoes-a-familia-que-precisou-transferir-paciente-que-tomou-kit-covid-para-o-einstein.ghtml](#). Acesso em: 27 de setembro de 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. P. 17.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. – (Série IDP).

MORAES, Nereu Cesar de. **Erro médico: aspectos jurídicos**. Revista Brasileira Cirurgia Cardiovascular, São José do Rio Preto, v. 11, n. 2, p. 55-59, junho. 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-76381996000200002&lng=en&nrm=iso. Data de Acesso: 14/11/2021.

Normas ABNT 2021 – pré-textuais, textuais e pós-textuais. Disponível: <https://www.normasabnt.org/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional** / Flávio Martins Alves Nunes Júnior. – 3ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Daniele Ulguin. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 04 de junho de 2021.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. **Responsabilidade Civil: resumo doutrinário e principais apontamentos**. Disponível em: <https://marcusmariot.jusbrasil.com.br/artigos/405788006/responsabilidade-civil-resumo-doutrinarioeprincipais-apontamentos>. Data do Acesso: 19 de outubro de 2021.

Referências bibliográficas ABNT – Guia Atualizado | 2021. disponível em: <https://mesadoescritor.com/referencias-bibliograficas-abnt/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2021.

O estudo da Demografia Médica no Brasil 2020 é resultado de um trabalho do Conselho Federal de Medicina -CFM e da Universidade de São Paulo -USP, sendo uma produção científica que atualiza os conhecimentos acumulados na última década e traz novas informações detalhadas sobre a população de médicos e seu exercício profissional. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index10/?numero=23&edicao=5058#page/4..> Acesso em: 02/10/2021.

OLIVEIRA, Daniele Ulguin. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 04 de junho de 2021.

PETIÇÃO PÚBLICA: O SUS MERECE MAIS EM 2021! CNS REIVINDICA MANUTENÇÃO DE PISO EMERGENCIAL NO VALOR DE R\$ 168,7 BILHÕES. Conselhos Nacionais de Saúde, 2020. Disponível em <http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1297-peticao-publica-o-sus-merece-mais-em-2021-cns-reivindica-manutencao-de-piso-emergencial-no-valor-de-r-168-7-bilhoes>. Data de Acesso em: 28/09/2021.

ROSENVALD, Nelson; CORREIA, Atala; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; KHOURI, Paulo Roque. A responsabilidade civil na esfera médica em razão da covid-19. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326237/a-responsabilidade-civil-na-esfera-medica-em-razao-da-covid-19>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

ROSENVALD, Nelson. **Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 23 de junho de 2021.

ROSENVALD, Nelson; CLEMENTE Graziella Trindade. **Desafios para a Responsabilidade Civil Médica na 2ª era da Covid - 19**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344495/desafios-para-a-responsabilidade-civil-medica-na-2-era-da-covid-19>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde**. 3. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SEGGATTO, Cristiane. Caso Prevent Senior Expõe Vulnerabilidades dos Plano de Saúde. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral.caso-prevent-expoe-vulnerabilidade-dos-clientes-e-baixo-controle-sobre-planos,70003858724>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

TJ de SP nega recurso, e Prevent Senior deposita R\$ 1,9 milhão para pagar tratamento de idoso com Covid transferido para o Einstein. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/10/05/tj-de-sp-nega-recurso-e-prevent-senior-deposita-r-19-milhao-para-pagar-tratamento-de-idoso-com-covid-transferido-para-o-einstein.ghtml> Acesso em: 07/12/2021.

TJ/SP: AÇÕES POR ERROS MÉDICOS AUMENTARAM 5 VEZES NO ESTADO. **GloboNews**, 2020. Disponível em: <https://videos.files.wordpress.com/udSal9le/processos-por-erros-medicos-aumentaramcinco-vezes-no-estado-de-sao-paulo-diz-tj-dvd.mp4>. Acesso em: 01/12/2021.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil – Erro médico**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf. Acesso em: 02/12/2021.

Relatório Justiça em Números – uma radiografia completa da Justiça, com informações detalhadas sobre o desempenho dos órgãos que integram o Poder Judiciário, seus gastos e sua estrutura. Este relatório, produzido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias -(DPJ), apresenta onze anos de dados estatísticos coletados pelo CNJ, com uso de metodologia de coleta de dados padronizada, consolidada e uniforme em todos os noventa tribunais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-09-2020.pdf>. Acesso em: 02/12/2021.

Relatório analítico propositivo da Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução, realizado pelo INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER em 2019 em parceria com o Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 02/12/2021.

TARTUCE, Flávio. **Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12/ ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VADE MECUM SARAIVA COMPACTO: obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 26ªed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2019.