

## **CORONAVÍRUS: A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E OS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL**

**Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>1</sup>**

**Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf<sup>2</sup>**

No campo da bioética e do biodireito muito se destaca a presença do médico e sua relação com os pacientes e suas famílias, desde os momentos iniciais quando da primeira consulta, passando pela terapia clínica, pela pesquisa científica e experimental, pelo mapeamento genético e experimentação em seres humanos, e muitos outros campos que muitas vezes esbarram em crenças religiosas e valores pessoais.

A pandemia que o mundo enfrenta na atualidade fez-se descortinar um novo campo a ser analisado sob a ótica da relação médico paciente e sua consequente responsabilidade, o trabalho a distância – telemedicina – e emergencial – posto que a doença causada pelo SARS-CoV 2 tem se mostrado bastante peculiar, imprevisível e requer do médico e demais profissionais da área da saúde, um enfrentamento dinâmico do desconhecido, mesmo trabalhando num universo de muita tensão, de escolhas difíceis, de falta de equipamentos de segurança, de falta de leitos e muito mais.

O médico é, amparado por sua equipe multidisciplinar, o grande agente da pesquisa científica que incluem a pesquisa de novas drogas e terapias, o desenvolvimento de vacinas, o desenvolvimento de aparelhos médicos, a utilização da bionanotecnologia, entre outros, valendo-se de todos os recursos que dispõe tratar o paciente em seus momentos finais, decidindo muitas vezes sobre o momento da morte bem como indicando os cuidados especiais ou paliativos aos seus pacientes conforme o caso.

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP, Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Civil pela FADUSP, Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e Advogado em São Paulo.

<sup>2</sup> Mestre e Doutora em Direito Civil pela FADUSP, Membro do Instituto dos Advogados – IASP Membro da Comissão de Bioética do HCor, Professora Criadora do Curso de Formação em Bioética e Biodireito - on line, Advogada em São Paulo e Nutricionista



Não poderia ser de outra forma, senão permeada por diversos conflitos bioéticos esta relação tão íntima, tão delicada e tão importante que se estabelece entre as partes: médico e corpo clínico de um lado; paciente e sua família de outro, onde o Estado no auge do seu poder regulamentador estabelece os limites, os parâmetros, as normas de conduta.

Nesse sentido pode-se concluir que as relações médico-paciente devem ser pautadas pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada.

É de vital importância o respeito aos princípios bioéticos de autonomia (externado pelo consentimento livre e esclarecido e pelas diretivas antecipadas da vontade), beneficência, não maleficência e justiça, objetivando o melhor cuidado dedicado ao paciente tendo em vista sua intrínseca dignidade.

São portanto deveres inerentes à prática médica: a informação detalhada do quadro de saúde do paciente, bem como a explanação do tratamento a ser implantado em face do diagnóstico apresentado, cuidar do paciente com zelo e dedicação utilizando-se de todos os recursos inerentes à sua profissão, respeitar as decisões pessoais dos pacientes no caso de recusa do tratamento oferecido, respeitar os limites contratuais estabelecidos em cada caso, preservar o sigilo profissional tendo em vista a intimidade do paciente (observadas as exceções prevista em lei – Resolução n.999/80 do CFM).<sup>3</sup>

## **1. Desenvolvimento - História do Coronavírus e evolução para o estágio de pandemia**

Entre os diversos microorganismos existentes no universo, destacam-se os vírus e as bactérias. Ambos são temidos pelas doenças que causam.

Um exemplo histórico disso é que na segunda metade do século XX um tipo de vírus de gripe, vírus influenza, matou cerca de cinquenta milhões de pessoas no mundo todo,

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, p. 632 a 659.



na chamada gripe espanhola, ocorrida no período compreendido entre janeiro de 1918 a dezembro de 1920, que contaminou cerca de quintões milhões de pessoas, o que representava um quarto da população da época. Só no Brasil ocorreram cerca de trinta e cinco mil mortes, segundo fontes da época.<sup>4</sup>

Entretanto, ao lado de importantes transmissões patogênicas, os vírus podem apresentar benefícios no que tange ao controle de certas pragas agrícolas e na pesquisa científica.<sup>5</sup>

O vírus são estruturas extremamente pequenas e simples, medindo em torno de dois décimos de micrometro de diâmetro, de modo que só podem ser observados ao microscópio eletrônico. São constituídos por proteínas e ácidos nucleicos.

As moléculas de proteínas virais formam um envoltório, que protege o ácido nucleico. Em alguns vírus esse envoltório, o capsídeo, é envolvido externamente por uma membrana lipoproteica, denominada envelope viral, que se forma quando a partícula viral é expelida pela célula em que se formou. Além de proteínas e lipídeos de origem celular, o envelope contém proteínas virais específicas, adicionadas à membrana celular enquanto o vírus se multiplica no interior da célula hospedeira.

As partículas virais são denominadas virions e apresentam um formato característico dependendo do tipo de vírus.

Os vírus são parasitas intracelulares obrigatórios, posto que não apresentam metabolismo próprio. Em muitos casos os vírus modificam o metabolismo das células que parasitam, podendo provocar a sua degeneração ou morte.<sup>6</sup>

No que tange ao processo de desenvolvimento de imunidade viral, Playfair e Chain lecionam que “ o anticorpo é valioso para a prevenção de entrada e disseminação hematológica de alguns vírus mas sua ação é frequentemente limitada pela notável

---

<sup>4</sup> Fonte <http://jornaldebrasil.com.br> <acesso em 03.05.2020>

<sup>5</sup> AMABIS & MARTHO – Fundamentos da biologia moderna, 4. ed., São Paulo: Editora Moderna, 2013, p250 e 251

<sup>6</sup> AMABIS & MARTHO – Fundamentos da biologia moderna, 4. ed., São Paulo: Editora Moderna, 2013, p250 e 251



habilidade do vírus de modificar seus formatos externos e assim escapar à detecção de um anticorpo previamente existente”.

“ Uma vasta experiência demonstra que nenhum parasita que cause danos graves ou morte de seu hospedeiro é capaz de garantir a própria sobrevivência. Desta forma, a adaptação – que pode ser rápida no caso dos vírus – geralmente tende a ocorrer no sentido da diminuição da virulência”<sup>7</sup>

O **coronavírus** é um vírus de RNA, que causam infecções respiratórias. Seu nome se deve a espículas – estruturas proeminentes que estão presentes na superfície do vírus, o que lhe dá a aparência de uma coroa solar, são conhecidos desde os anos 1960.

Embora outros tipos de coronavírus costumem causar formas comuns e brandas de resfriado, o Sars-CoV-2 não tinha nenhum histórico de convivência com a espécie humana até então, uma vez que migrou para a infestação humana oriundo de outro hospedeiro.

Na prática, podemos aduzir que isso significa que nenhum ser humano contava com defesas naturais específicas contra o referido vírus no momento em que ele começou a infectar pessoas na China, no fim de 2019.

Tendo em vista que a maioria dos casos produz sintomas relativamente leves e recuperação sem complicações, mesmo antes de conseguir produzir anticorpos, o que só acontece alguns dias após o início da doença, o organismo de muitos consegue começar o contra-ataque ao vírus por outros meios.

Tal reação é possível porque as células contam com um sistema genérico de reconhecimento dos invasores virais. Assim, conforme os dias de doença vão passando, o organismo enfim produz anticorpos específicos contra o vírus -em geral, dois tipos das chamadas imunoglobulinas, designadas com as siglas IgM e IgG. Quando a infecção é debelada, o "conhecimento" sobre como produzir os anticorpos IgG, os mais duradouros, fica armazenada nas chamadas células B de memória. Ao entrar em contato com o vírus

---

<sup>7</sup> PLAYFAIR, JHL; CHAIN, BM – Imunologia básica, 9.ed., São Paulo:Manole, 2013, p. 62 e 63



de novo no futuro, essas células podem desencadear a produção de anticorpos, vencendo rapidamente o problema.

Entretanto, "alguns estudos mostraram que entre 20% e 30% dos doentes que se recuperaram não apresentam níveis detectáveis de anticorpos". De quebra, o que se sabe sobre outros coronavírus sugere que esse subgrupo viral é pouco imunogênico, ou seja, não produz uma resposta tão robusta do sistema de defesa do organismo quanto outros invasores.

Outra possibilidade é que as pessoas que se recuperam da Covid-19 produzam anticorpos, mas que alguns testes tenham sido feitos após a recuperação. Nesse caso, os níveis dessas moléculas estariam muito baixos no organismo e, portanto, mais difíceis de detectar. Além das dúvidas sobre como o vírus interage com o sistema imunológico, ainda há incerteza sobre a proporção de pessoas cujo organismo teve contato com o Sars-CoV-2.

Por ora, o único consenso é que, mesmo nos lugares mais afetados pela pandemia, a população ainda está muito longe de atingir o que se costuma chamar de imunidade de rebanho -cenário no qual a porcentagem de pessoas que já foram infectadas e se curaram é elevada o suficiente para que sirvam de "escudo" das que ainda não tiveram a doença.<sup>8</sup>

Na atualidade, os dados divulgados até agora foram obtidos em escala local, e não nacional, e nem sempre dizem respeito a uma amostra de pessoas que seja representativa da população em geral.

O único estudo amplo realizado no Brasil até agora, coordenado por pesquisadores da Universidade Federal de Pelotas (RS), estimou que apenas 0,13% da população gaúcha teria desenvolvido anticorpos contra o vírus.

De qualquer modo, outro ponto acerca do qual os cientistas concordam é que não existe nenhuma fórmula mágica para aumentar a imunidade. "O que fortalece a imunidade é um

---

<sup>8</sup> Fonte: <http://www.paho.org> < acesso em 03.05.2020; <http://www.valor.globo.com> < acesso em 03.05.2020>



conjunto de fatores: alimentação equilibrada, sono adequado, exercício físico e evitar o estresse, embora na situação atual o último item seja mais difícil".<sup>9</sup>

Os coronavírus pertencem à subfamília taxonômica Orthocoronavirinae da família Coronaviridae, da ordem Nidovirales. Constituem-se em uma família de vírus que causam doenças respiratórias em seres humanos e em animais.

Segundo referências dos pesquisadores, a maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida. Eles são uma causa comum de infecções respiratórias brandas a moderadas de curta duração. Entre os coronavírus encontra-se o vírus causador da forma de pneumonia atípica grave conhecida por SARS, e o vírus causador da COVID-19, responsável pela pandemia em 2019 e 2020.

Alguns coronavírus tem a capacidade de mudar de hospedeiro passando de animais para humanos e quando isso acontece os casos resultantes são investidos de significativa gravidade.

Assim, quanto à taxonomia, os coronavírus da subfamília Orthocoronaviridae se dividem em quatro gêneros: Alphacoronavirus, Betacoronavirus, Gammacoronavirus e Deltacoronavirus. De todos esses gêneros, há seis espécies que causam infecção em humanos.

No gênero Alphacoronavirus há os coronavírus humanos das espécies HCoV-229E e HCoV-NL63, que causam infecções leves a moderadas comuns. Neste gênero também se encontra o CCoV, o coronavírus canino, que causa gastroenterite em cães filhotes e pode ser prevenido com vacina. Para a espécie felina, o FCoV, causa peritonite infecciosa em gatos e não há vacina disponível no momento.

No gênero Betacoronavirus há os coronavírus humanos das espécies HCoV-OC43, HCoV-HKU1, SARSr-CoV e MERS-CoV.

---

<sup>9</sup> Fonte: <http://www.paho.org> < acesso em 03.05.2020>; <http://www.valor.globo.com> < acesso em 03.05.2020>



HCoV-OC43 e HCoV-HKU1 causam infecções leves a moderadas comuns. MERS-CoV causa a doença MERS (Síndrome respiratória do Médio Oriente).

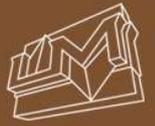
A espécie SARSr-CoV se divide nas cepas SARS-CoV, que causa a doença SARS (Síndrome respiratória aguda grave), e SARS-CoV-2, que causa a doença Covid-19 (*COrona VIRus Disease* 2019).

O SARS-CoV-2, causador da COVID-19, foi identificado em 2020, tem "parentesco" com o vírus da SARS-CoV. Apresenta diversos sintomas, como febre, tosse e falta de ar, pneumonia

Foram descobertos em 2020, seis novos coronavírus em morcegos em Mianmar, mas esses vírus não estão relacionados ao Síndrome Respiratório Agudo Grave de Coronavírus (SARS CoV-1), Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) ou COVID-19.

Nesse sentido, podemos apontar: O **HCoV 229 E**, descoberto em 1960, divergiu do coronavírus da alpaca antes de 1960; O **SARS-CoV**, descoberto em 2002, divergiu do coronavírus do morcego em 1986; O **Hcov-OC43**, descoberto em 2004, divergiu do coronavírus bovino em 1890; O **Hcov-NL63**, descoberto em 2004, divergiu do coronavírus do morcego há aproximadamente oitocentos anos atrás; O **HCoV HIKU 1**, descoberto em 2005, divergiu do coronavírus do morcego; O **MERS CoV**, descoberto em 2012, divergiu do coronavírus de morcego antes dos anos 90 e foi transmitido aos humanos pelos camelos; O **Sars Cov 2**, descoberto em 2019, tem ainda em aberto a sua genese original: se foi originario das cobras, de morcegos e posteriormente transmitido aos humanos por um animal desconhecido ou ainda, seja oriundo de uma versão que parasita pangolins, pois possui material genético 99 % igual ao do vírus encontrado nesse animal.

Em 2002 na provincia de Guandong, na China, o coronavírus oriundo de um pequeno mamifero carnivoro local, chamado Civeta, começou a ser transmitido entre seres humanos. O coronavírus, salienta-se é um tipo de vírus zoonotico, ou seja, ele transita entre animais e humanos.



Desta forma, a doença denominada SARS ( síndrome respiratoria aguda grave) começou a ser transmitida no hospital local entre os pacientes e os profissionais de saúde. A genese desse contágio deu-se com uma pessoa que viajou para Hong Kong e a partir daí, a linha de transmissão se intensificou fazendo com que a doença alcançasse outros países.

O resultado foi uma epidemia internacional que atingiu 29 países e acometeu 8096 pessoas das quais 774 morreram. Os ultimos casos da epidemia foram notificados no inicio de 2004, sendo o nivel de contágio de cada paciente infectado, transmite-se para dois.

Em 2012 infecções respiratórias por um novo coronavirus começaram a ser notificadas na Arabia Saudita. Esse virus apresentava uma forma dificil de transmissão entre os humanos, e constatou-se que o vetor preferencial de transmissão estava relacionado ao contato com o leite e a excreção do dromedário.

Os casos de MERS foram diagnosticados até 2019 em 27 países tendo atingido 80% da península arabica. No entanto, pode-se comprovar que o grau de letalidade da MERS era maior do que o da SARS, posto que 2500 individuos foram infectados e 858 morreram.

Em 2019 na provincia de Hubei, China, na cidade de Wuhan, a partir de um mercado de animais vivos e seus produtos começaram a proliferar um outro tipo de coronavirus de altissima velocidade de contaminação ( uma pessoa contaminada pode contaminar 3,7, pessoas que com ela tenha contato). Assim, a atual pandemia nasceu de uma zoonose, reflexo direto da intervenção do homem no meio ambiente.

Nesse sentido, existem duas hipoteses ao menos para o surgimento da pandemia internacional por coronavirose: o virus foi aos poucos entrando em contato com a especie humana; ou veio pronto tendo o morcego por vetor e assim fez-se a transmissão interespecies de forma acelerada.

Existem fortes indícios de que o contato silvestre tenha sido o principal vetor de transmissão. A partir daí houve uma rapida difusão mundial advinda da globalização dos negócios e dos costumes que acelerou o intercambio entre os povos.



Assim, acredita-se que o vírus Sars-CoV-2 possua como hospedeiros determinadas espécies de morcegos e o pangolim, um animal consumido como alimento exótico em algumas regiões da China. Seu período de incubação varia entre 4-14 dias, sendo que o vírus só é transmitido por indivíduos sintomáticos ou assintomáticos. Apesar do alto grau de contágio, a doença apresenta um baixo grau de mortalidade. Apresentando uma letalidade global de 3,4%, aumentando de acordo com a idade da pessoa acometida e com a presença de comorbidades. Desta sorte, pacientes portadores de doenças crônicas, que representam em torno de 25 a 50% dos pacientes infectados, apresentam maiores taxas de mortalidade, como a seguir: Câncer: 5,6%; Hipertensão: 6%; Doença respiratória crônica: 6,3%; Diabetes: 7,3%; Doença cardiovascular (DCV): 10,5%

A difusão a doença causada pelo SarsCov 2 conheceu uma velocidade incrível alcançando a comunidade internacional. Em janeiro de 2020 a OMS já informara aos países que se preparassem para um surto de uma nova gripe que apresentava sintomas de intensidade variada, e deveriam se preparar para monitorar seus cidadãos e isolar os suspeitos.

Nesse momento iniciaram a adoção de rígidas recomendações de higiene, o controle de fluxo de pessoas, começaram a se registrar os primeiros casos fora da China. Em 30 de janeiro a OMS declarou estado de emergência internacional.

No mês de fevereiro de 2020 quarenta e nove países da comunidade internacional já apresentavam a doença, e todas as pessoas que estivesse estado em países com o surto do vírus, eram considerados grupo de risco. Foram intensificadas as medidas de combate e precaução.

No mês de março de 2020, iniciaram-se medidas restritivas de quarentena da população. A OMS constituiu o caso como uma pandemia, que já alcançava cento e quatorze países da comunidade internacional. Recomendou ainda a realização de testes em massa e a adoção de medidas de isolamento. A Europa era o epicentro da pandemia, enquanto a China conseguia estabilizar e manter baixo o número de novos casos diagnosticados. Estados Unidos emergem no final do mês como o novo epicentro da doença.



No mês de abril de 2020 diversas medidas de proteção econômica são anunciadas, estando o número de casos ao redor do mundo na casa de um milhão de contaminados.

No mês de maio de 2020, alguns países já esboçam um retorno às suas atividades normais enquanto outros países ainda possuem um numero enorme de mortes e estudam abrir ou apertar ainda mais o direito à circulação dos cidadãos.

A pandemia que tomou conta do mundo, ainda preocupa a comunidade internacional, posto que mais de 3 milhões de casos de Covid-19 já foram registrados no mundo, com mais de 230 mil mortes – 6 mil delas no Brasil.<sup>10</sup>

## 2. O exercício do direito da autonomia pessoal do paciente e seus instrumentos

O ser humano é dotado de direitos fundamentais, inerentes à sua personalidade, protegidos constitucionalmente.

Enquanto paciente, inúmeros direitos lhe são atribuídos, tais como o direito à informação acerca de sua moléstia – o diagnóstico, prognóstico, duração, custos e riscos do tratamento, ao sigilo, ao tratamento médico e odontológico, ao tratamento humano e paliativo, aos cuidados médicos, à alimentação, o direito de consentir ou não que lhe sejam aplicados determinados procedimentos clínicos os cirúrgicos -, informações que devem ser exaradas numa linguagem clara e precisa no alcance individual de cada um além do acesso ao prontuário médico.<sup>11</sup>

O **consentimento informado** constitui direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos, benefícios das alternativas envolvidas e

---

<sup>10</sup> Fonte: Universidade Johns Hopkins. <http://coronavirus.jhu.edu>< acesso em 22.04.2020>

<sup>11</sup> O Código de defesa do consumidor assegura o direito à plena informação sobre os produtos e serviços oferecidos ao público pelos fornecedores, que conseqüentemente passam a ser responsabilizados em caso de dano causado aos consumidores. O Código de Ética Médica veio também reforçar o direito do paciente de decidir livremente sobre o tratamento que lhe será indicado.



possibilidades de cura, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.<sup>12</sup>

Nesse sentido, a autonomia pode ser definida como liberdade dos condicionamentos externos, contrapondo-se ao paternalismo, que se justificaria como medida adotada para se evitar danos ao indivíduo, aqui considerado como incapaz de escolher o melhor para si, em face do seu estado de saúde.<sup>13</sup>

Em matéria de bioética, tal como aduz Leo Pessini o autoritarismo do médico para a escolha dos procedimentos a serem aplicados em cada paciente vem dando espaço a um outro paradigma nas ciências médicas, o modelo de parceria, num estilo mais participativo, onde o paciente, esclarecido da peculiaridade de seu quadro clínico, tem autonomia para decidir se vai submeter-se a determinada prática terapêutica ou não.

A finalidade principal do consentimento informado é munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico, principalmente considerando que poderão ocorrer -lhe conseqüências permanentes.<sup>14</sup>

Pondera Leo Pessini, que deve-se ponderar três critérios para a escolha ou não de determinada conduta médica: o da eficácia, o do benefício e o da onerosidade.<sup>15</sup>

Como exceções ao dever de obtenção do consentimento informado, temos: a necessidade da prática médica de urgência, privilégio terapêutico ( pode o médico privar o paciente de informação quando esta constituir ameaça ao seu bem-estar geral), renuncia ao direito de ser informado – no caso do paciente se recusar a receber a informação biomédica.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> VENOSA, Silvio de Salvo - Direito civil, 10.ed., São Paulo: Atlas, 2010, v.4, p.147.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, p.661 a 664.

<sup>14</sup> PESSINI, Leo – Distanásia – até quando prolongar a vida, p.22; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos – O Equilíbrio do pêndulo – a bioética e a lei, p.90

<sup>15</sup> PESSINI, Leo – Distanásia – até quando prolongar a vida, p.22

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, p.665 e 666.



Tal como prevê Engelhard a permissão é o princípio moral crucial para a bioética contemporânea, pois deriva da autoridade moral individual, tendo no seu centro a valorização do individualismo autônomo.<sup>17</sup>

O **Testamento Vital** ou diretivas antecipadas de vontade é o documento que tem a finalidade de retratar a vontade do paciente em seus momentos finais de existência livrando-o da obstinação terapêutica, oriunda do desenvolvimento da biotecnologia que trouxe para o universo médico - científico uma gama enorme de fármacos, tratamentos, infra estruturas medico hospitalares capazes de postergar, e muito, a vida humana – inaugurando o questionamento se de fato estaríamos prolongando a vida ou o momento da morte.

Nesse sentido, desde a fundação dos primeiros Comitês de ética hospitalar nos idos dos anos 1970, impôs -se a reflexão sobre a melhor forma de amparar o paciente, conferindo-lhe bem-estar nos momentos finais de sua vida.

O testamento vital, também chamado de diretivas antecipadas de vontade, difere-se do testamento civil, que é o instrumento através do qual o autor dispõe de seus bens, suas dívidas, reconhece filiação, institui obrigações e cujo teor passará a ter validade após a morte do outorgante. O testamento vital, trata-se de uma declaração escrita que dispõe sobre a vontade do paciente nos momentos finais de sua vida, quanto aos tratamentos médicos que aceita se submeter, tendo em vista o estabelecimento de uma doença grave ou estado geral que lhe impeça de manifestar expressamente a sua vontade.

Sua base legal encontra-se no primado do direito à autonomia pessoal do paciente, e também dos demais princípios bioéticos; do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1,III da Constituição Federal, no art. 15 do Código Civil que prevê que ninguém deve ser submetido a tratamento médico contra a sua vontade ou mediante risco de vida, da Lei n. 13.146/15. Tem ainda respaldo na Resolução 1995/12 do CFM.

Assim, o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal, se este for incapaz. É recomendado que o paciente deixe sua vontade

---

<sup>17</sup> ENGELHARDT Jr.,H Tristam – Fundamentos da bioética cristã ortodoxa, São Paulo:Ed.Loyola, 2003,p.441 a 443.



escrita, registre a escritura em cartório, e este instrumento deve constar do prontuário médico deste paciente. Cabe ainda no teor do referido documento, a nomeação de um curador para acompanhar todo o desenrolar do tratamento do paciente.

Para se elaborar um testamento vital, é necessária a plena capacidade civil ( em observância à lei 13.146/15 – lei de inclusão – Estatuto de pessoa com deficiência e o art. 1783 do CC que refere à tomada de decisão apoiada); consultar um médico e um advogado para se inteirar das questões medicas e jurídicas.

Embora não se tenha definido um formato padrão para a elaboração das DAV, é vedada qualquer disposição que seja contra-indicada à patologia do paciente, ou que contrarie a legislação nacional, a moral e os bons costumes, sendo ainda necessária a designação de um responsável para ser porta voz do doente e que o representará diante da equipe médica, desde que este não seja o médico responsável pelo caso.

Deve por fim, para que tenha maior visibilidade, ser elaborado em cartório, datado e assinado na presença de duas testemunhas em analogia ao que ocorre no testamento público, previsto no art. 1876 do CC, ou 3 testemunhas, no caso do testamento particular. Embora a Resolução 1995/12 seja silente quanto a estas precauções.

As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares; e o médico registrará, no prontuário do paciente as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Ressaltamos que o relativamente incapaz pode fazer o testamento vital desde que haja a assistência dos pais ou responsáveis legais.



### 3. Dos direitos e deveres do paciente durante a pandemia causada pelo coronavírus SARS CoV 2

Muito se discute a respeito dos direitos e deveres dos pacientes em face da pandemia.

Quanto aos pacientes que se utilizam do Sistema Único de Saúde, o SUS, estes de acordo com os artigos 6 e 196 da Constituição Federal, tem o direito de receber pleno tratamento para o Covid 19, incluindo aí o custeio do teste de detecção, despesas relativas aos cuidados hospitalares

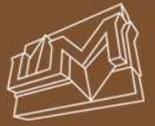
No que tange aos pacientes que se utilizam dos planos de saúde, em face à Resolução n. 453 de 12.03.2020, devem custear a realização do teste de detecção do Covid 19, estando este incluído no rol dos procedimentos obrigatórios para os beneficiários dos planos de saúde, devendo estes, entretanto, consultar a central de seu plano para verificar o local adequado para a realização do exame.

Assim, são direitos dos pacientes, o atendimento de saúde, o diagnóstico a realização do teste, a informação, o repouso; sendo por outro lado seus deveres, a efetuação do isolamento e da informação da sua sintomatologia.

Nesse sentido, temos que a contaminação por coronavírus configura uma situação urgente que obriga os planos de saúde a afastar o período de carência permitindo o atendimento de urgência, como prevê a Resolução n. 453/20; desconsiderar a inadimplência; afastar o período de carência; implementar a telemedicina regulamentada pela Resolução 2227/18 do CFM e implementada pelo PL696/20 que visa desafogar hospitais e centros de saúde no período da pandemia.

Tendo em vista a aplicação dos princípios da bioética e do biodireito, analisamos se em tempos de pandemia do coronavírus se a autonomia do paciente deve ser respeitada.

Assim sendo, uma importante questão surgiu: **pode o paciente recusar-se a algum tratamento médico? Teria o paciente o direito de recusar ser entubado para que**



**sejam liberados respiradores ou leitos para outros pacientes que também necessitem?**

Pensamos que sim, posto que autonomia do paciente, um dos pilares da bioética e do biodireito, deve sempre ser respeitada na medida do possível, e sob a análise da ética do razoável, valendo-se ele para tanto dos instrumentos de exposição da vontade já referidos – o consentimento informado e o testamento vital ou diretivas antecipadas da vontade.

Entretanto, a autonomia pessoal do paciente passara a ser mitigada quando ofender ou criar algum risco ao coletivo, como a recusa à informação, a recusa às medidas de isolamento e proteção individual, posto que trata-se de moléstia altamente contagiosa.

**Poderia o paciente solicitar ao médico a introdução de algum remédio ou tratamento que ele paciente entenda ser eficaz (mesmo que esteja ele em fase experimental)?**

Da mesma forma, entendemos que sim, pode o paciente solicitar ao médico que o assiste, a administração de algum medicamento ou terapia ainda experimental, sendo por obvio atendido, também na medida da consciência individual do médico e outros profissionais da saúde quando for o caso.

As decisões terapêuticas poderão ser adotadas em conjunto quando o caso assim o permitir, de acordo com os princípios bioéticos da beneficência e não maleficência.

Uma outra questão se desdobra no âmbito da pandemia: o afastamento do paciente e seus familiares tendo em vista a contenção do contágio, podendo em alguns casos haver o falecimento do paciente, sem a devida despedida dos seus entes mais queridos. Nesse sentido, foi apresentado o PL 2136/20 que garante a todos o direito à visita virtual, através de vide chamada, de familiares aos pacientes com Covid 19, ou outras doenças infecto contagiosas.

Quanto aos deveres dos pacientes no âmbito da pandemia, é sabido que em 11.03.20 a OMS classificou o covid-19 como uma pandemia, o que significa dizer que o vírus está disseminado mundialmente, circulando em todos os continentes.



Em 20.03.20 o Ministério da Saúde, por intermédio da portaria 454/2020, declarou que o Brasil se encontra em estado de transmissão comunitária do coronavírus. Entre as medidas adotadas pelos diversos países para conter a pandemia está a implementação de medidas de isolamento social.

No Brasil, o Ministério da Saúde publica em 12.03.2020 a portaria n. 356 que dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei n. 13979 de 06.02.2020 que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus ( COVID 19).

Desta forma, a portaria traz regras para a indicação de medidas de isolamento social e quarentena como forma a evitar a propagação local.

O isolamento social ou distanciamento social existe em vários níveis, que vão desde medidas simples até o lockdown, e cada lugar tem uma necessidade específica, tendo em vista o nível da contaminação e a infra estrutura local.

A lei n. 13979/20 diferencia quarentena de isolamento em seu artigo 2º, sendo que a primeira refere-se, a restrição de atividade ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, assim como de bagagens, animais meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação; a segunda, refere-se a separação de pessoas doentes ou contaminadas ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas e outros, a fim de evitar a contaminação ou propagação do coronavírus.

Nesse sentido, vemos a importância da testagem dos cidadãos e da consequente separação dos saudáveis, dos demais que estão ou contaminados ou em suspeita de contaminação.

Para a realidade brasileira, eis o grande problema: acesso ao teste para toda a população tendo em vista o número populacional do país, sua densidade demográfica e diversidade cultural e habitacional.



Quanto ao paciente contaminado ou sob suspeita de contaminação, a regra que define o isolamento dispõe que este pode ocorrer por meio de prescrição médica ou recomendação de agente sanitário, deve durar quatorze dias podendo chegar a vinte e oito dias a partir da obtenção do resultado dos exames.

O isolamento deve ser feito em casa quando o quadro clínico do paciente o permitir, casos graves deverão ser encaminhados ao hospital. Ai a batalha por leitos começa....<sup>18</sup>

Embora a comunidade medico-científica tenha afirmado que dos 100% de contaminados, 80% serão assintomáticos ou portadores de uma modalidade leve da doença, 15% desenvolverão uma modalidade intermediária da doença podendo receber tratamento em casa, 5% desenvolverão uma forma grave da doença, o que na realidade brasileira, alcança a margem de onze milhões de pessoas.

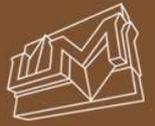
Tentando conter a propagação do vírus, podem as autoridades aplicar medidas restritivas de: isolamento, quarentena, determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação entre outros, restrição de locomoção, entre outras medidas conforme dispõe o artigo 3º da Lei n. 13979/20.

Os familiares dos infectados também devem permanecer em quarentena nos termos da Portaria n. 356/2020 do Ministério da Saúde.

Desta forma, os hospitais podem restringir as visitas aos pacientes com enfermidades gerais e diversas, o que representa uma medida profilática na contenção da disseminação do vírus, evitando a periclitación da vida e da saúde dos pacientes internados, seus acompanhantes e familiares, tendo em vista a diminuição da circulação pessoal e da consequente diminuição da aglomeração – importante vetor de contaminação, em observância estrita aos ditames do Plano de Contingência implantado pelo Ministério da Saúde para conter a disseminação do coronavírus.

---

<sup>18</sup> Para auxiliar nesse processo entrou em vigor a Lei 13989/20 que dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus ( SARSCov 2)



Há anda um intenso debate social, envolvendo a comunidade científica, jurídica, econômica e a sociedade em geral sobre a indicação da duração da quarentena e o consequente fechamento de importantes estabelecimentos comerciais no país.

#### **4. A responsabilidade civil na área da saúde**

A saúde pode ser entendida como o bem-estar físico e psíquico, relevante para o ser humano individualmente considerado e para a coletividade em geral, tanto que recebe tutela constitucional no art. 196 da Constituição Federal.

As atividades profissionais ligadas à área da saúde são suscetíveis de danos morais e materiais ao paciente ou cliente, pois atenta contra os direitos personalíssimos da pessoa humana bem como o seu patrimônio.<sup>19</sup>

Como aduz Regina Beatriz Tavares da Silva “ a responsabilidade civil na área da saúde exige atenção à distinção entre as obrigações de meio e de resultado e à obrigação do dever-direito de informação sobre os riscos do procedimento a serem utilizados”.<sup>20</sup>

O estabelecimento da natureza jurídica da relação dos profissionais da área da saúde com os pacientes, não parece pacificada. Poderia ser definida como uma relação contratual permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos – baseados nos princípios da boa fé contratual, da justiça e da autonomia da vontade, onde o aspecto patrimonial submeter-se-ia ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Assim, a relação jurídica que se estabelece entre os profissionais da área da saúde – paciente mais do que patrimonial é uma relação que objetiva um valor existencial e por

---

<sup>19</sup> NADER, Paulo – Curso de direito civil – responsabilidade civil, p.401.

<sup>20</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na odontologia. In. SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na área da saúde. Série GVlaw, São Paulo: Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, p.4.



isso, tem como objetivo maior o comprometimento para com a saúde, o bem - estar e a dignidade do paciente.<sup>21</sup>

O vínculo contratual estabelecido entre os profissionais da área da saúde e o paciente pode ser de resultado ou de meio e pode ainda “ ser alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor”.

#### 4.1. A responsabilidade civil do médico

Sob o enfoque da responsabilidade civil, a relação médico-paciente é contratual, e visa não somente a cura do paciente, mas visa sobretudo, a prestação de cuidados conscienciosos, atentos à ética profissional e às prescrições deontológicas, no limite do exercício profissional, observados ainda os ditames bioéticos.

Embora a natureza do trabalho do médico seja contratual, decorrente das obrigações contratadas, não dominam os princípios da responsabilidade objetiva, porque nem sempre é possível a obtenção do êxito na execução de seu trabalho.<sup>22</sup>

Há ainda o dever de informar, previsto no art.6º ,III do CDC, diretamente ligado ao princípio da transparência e obriga o prestador de serviço a fornecer todos os detalhes – riscos e prognósticos- dos tratamentos a serem empregados, cuja ausência – excluídos os casos especiais de emergência médica - caracterizar um agir culposo do médico no atendimento a um paciente.

A responsabilidade civil do médico está tratada no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

---

<sup>21</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de -, Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In. Biodireito, p.113 a 115.

<sup>22</sup> Completa Arnaldo Rizzardo que “ Nos casos em que o médico é contratado para a prestação de serviços na área médica por instituições públicas ou privadas, ou faz parte dos quadros dos planos de saúde, o contrato vincula-lhe com o empregador”. RIZZARDO, Arnaldo – Responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 4ºed, p.329.



Diferenciam-se, entretanto, as obrigações médicas de meio das de resultado.

**Nas obrigações de meio**, o médico se responsabiliza pelos *meios empregados*, ou seja, pela correta aplicação da técnica, levando-se em conta o estágio de evolução da ciência. Assume nesse sentido, uma obrigação de ser diligente, prudente e perito, dando o melhor de si. Nas obrigações de meio, a responsabilidade é subjetiva, só existindo quando comprovada a existência da *culpa*, como prevê o referido o artigo 14, § 4º, do CDC.<sup>23</sup>

Assim, “o médico que realiza uma cirurgia para retirada de tumor responsabiliza-se por empregar a melhor técnica médica (perícia), tomando todos os cuidados requeridos neste tipo de intervenção (diligência) e não submetendo o paciente a riscos desnecessários (prudência). Contudo, não terá responsabilidade se houver falecimento apesar de todos os seus esforços”.<sup>24</sup>

O médico responde não somente por fato próprio como também por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens, como enfermeiros e demais profissionais da saúde.<sup>25</sup>

Não se tem, entretanto, considerado como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, posto que esta está em constante evolução; do erro de diagnóstico ou da iatrogenia (dano causado pelo ato médico em pessoas sadias ou doentes).

A responsabilidade civil do médico decorre de culpa comprovada instituindo uma espécie particular de culpa, sendo comprovada a imprudência, imperícia ou negligência, ou erro grosseiro. Havendo dano decorrente de atividade médica oriunda de obrigação contratual surge o dever de indenizar, se for uma equipe a responsabilidade será solidária, sendo esta responsabilidade extensiva a todos os profissionais da área da saúde.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz – O Estado atual do biodireito, p.548 e 549; GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro – responsabilidade civil, p256 e 257.

<sup>24</sup> LEVADA, Filipe Antonio Marchi – A responsabilidade civil do médico durante a pandemia. In. <http://www.conjur.com.br> < acesso em 10.05.2020>

<sup>25</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus -

<sup>26</sup>CARDOSO, Alaércio – Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes,p.265



**Nas obrigações de resultado**, o médico se responsabiliza pelo resultado prometido. Ou seja, sua responsabilidade existirá mesmo que tenha sido diligente, prudente e perito. Daí porque, nas obrigações de resultado, a responsabilidade é objetiva, não dependendo da comprovação do elemento culpa.

Assim, “o médico que realiza uma cirurgia plástica para fins estéticos, prometendo um resultado determinado, obriga-se a atingir o fim prometido tal como acordado com o paciente. Se não obtiver o resultado proposto, terá responsabilidade mesmo que prove diligência, prudência e perícia. A responsabilidade, neste caso, existirá independentemente de culpa”.<sup>27</sup>

A obrigação é de resultado para os cirurgiões plásticos, donde o direito à indenização decorre da cirurgia malsucedida; o anestesista possui responsabilidade autônoma, salvo quando participa conjuntamente ao cirurgião nos procedimentos cirúrgicos e sob seu comando, podendo neste caso a culpa ser concorrente.<sup>28</sup>

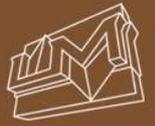
Entende-se contratual o vínculo jurídico que se estabelece entre o médico e o paciente, pois a relação entre ambos é proveniente de um contrato de locação de serviços,, configurando por outro lado uma exceção a essa regra a hipótese em que o médico atenda uma pessoa desmaiada no meio da rua, em cuja hipótese não se configura nenhuma espécie de contrato.

É inoperante a cláusula de não indenizar nos contratos de prestação de serviços médicos para exonerar-se de danos patrimoniais ou morais que vier a causar ao paciente, somente poderá se admitir como excludentes o caso fortuito e a força maior, competindo à vítima a prova do dano e do seu montante, apesar de que como sabe-se muito difícil é estabelecer quantitativamente o valor econômico de fato oriundo de culpa médica, o que no entanto não constitui motivo para se eximir o ofensor da reparação.

---

<sup>27</sup> LEVADA, Filipe Antonio Marchi – A responsabilidade civil do médico durante a pandemia. In. <http://www.conjur.com.br> < acesso em 10.05.2020>

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, p.256 e ss.



Diversas são as práticas médicas que podem ser sujeitas à responsabilização civil. Destaca Teresa Ancona Lopez exemplos de sua ocorrência: negar-se a prestar socorro, o fornecimento de atestados falsos, a falta de vigilância sobre o doente, que pode vir a causar dano a outrem.<sup>29</sup>

Na atualidade, uma outra realidade se impôs, a realidade da pandemia, que alterou significativamente diversas relações sociais, econômicas e jurídicas.

Assim, em hipóteses extremas, além da natureza “de meio”, presume-se também a inexistência de nexo de causalidade. Nesse contexto, muitas vezes o médico é obrigado a adotar a estratégia de fazer *escolhas trágicas*, tendo em vista a realidade que lhe foi imposta.

Em um momento de pandemia, não é difícil supor que um médico se veja compelido a deixar morrer uma pessoa a fim de poder salvar outra, com melhores perspectivas de cura, ou sob qualquer outra variável que o momento se lhe faça mais apropriado.

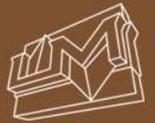
Assim, sendo, difícil é determinar que tal morte decorreu de ato seu, mas sim, esta terá ocorrido devido a uma circunstância impositiva que não lhe permitiu uma escolha diversa. Tal como pondera Michael Sandels, o médico teve que agir dessa forma para evitar um mal maior.<sup>30</sup>

Nesse sentido, num momento de exceção, como se impõe sob o manto da pandemia causada pelo coronavírus, entendemos que poderá inexistir nexo de causalidade, por se estar diante dos excludentes de culpabilidade, previstos no art. 393 do CC que trata do caso fortuito e da força maior. Desta forma, caberia ao lesado, e não ao médico a prova cabal de que os excludentes – caso fortuito e força maior não ocorreram.

E em face ao exposto, vemos que, também na situação de pandemia, a responsabilidade médica é de meio e não de resultado, tanto porque dele independe as reações orgânicas individuais em face dos tratamentos empregados em relação a um vírus pouco conhecido, quanto excluem-se-lhe o nexo causal tendo em vista a falta de pessoal, falta dos

<sup>29</sup> LOPEZ, Teresa Ancona – O Dano estético, 3.ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.110.

<sup>30</sup> SANDELS, Michael - Justiça



equipamentos necessários, falta de leitos, falta de medicamentos para que exerça as suas funções obrigacionais.

“Nesse cenário, talvez seja prudente considerar a possibilidade de ressignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas. O que não significa que a pandemia por si só irá eximir a responsabilidade do médico na sua atuação, mas é possível afirmar, que a pandemia contribuiu para um relaxamento na exigibilidade de determinadas condutas”.<sup>31</sup>

Nesse sentido, vemos que a lei n. 13.989/2020 – que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente do coronavírus -, pode ser citada como uma medida de flexibilização das exigências em relação ao médico, uma vez que autorizou o exercício da telemedicina durante o período da pandemia, relativizando a necessidade do contato presencial com os pacientes.

“Outra providência que merece destaque na atuação do médico durante a pandemia é o uso *off label* de medicamentos (medicamentos liberados pela Anvisa para outras indicações como por exemplo a Cloroquina ou Hidroxicloroquina) ou uso compassivo de medicamentos (medicamento ainda experimental que não está disponível comercialmente, não liberado pela Anvisa, como é o caso do Remdesivir – utilizado para o tratamento nos casos de infecção pelo vírus ebola)”.

“Em casos de doenças novas como a Covid-19, sobre a qual ainda não há tratamento disponível, a postura do médico no enfrentamento da doença também pode ser diferente, podendo-se chegar à conclusão que diante do risco de morte do paciente e do desconhecimento sobre o caminho mais seguro, o médico possa decidir administrar um medicamento não testado adequadamente ao invés de permanecer passivo e preso por *standards* de conduta que não são exigíveis nas circunstâncias atuais”.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> WESENDONCK, Tula – A responsabilidade civil na esfera médica em razão da covid-19. In. <https://www.migalhas.com.br> < acesso em 11;05.2020>

<sup>32</sup> WESENDONCK, Tula – A responsabilidade civil na esfera médica em razão da covid-19. In. <https://www.migalhas.com.br> < acesso em 11;05.2020>



Tendo em vista a mudança de paradigmas de atuação do médico e de sua equipe que o período de pandemia impôs, o Conselho Federal de Medicina exarou o parecer n. 4/2020 "Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxiclороquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da Covid -19".

Assim, afastou-se a imputação da responsabilidade ainda que se adote a teoria do risco, pela caracterização de sua excludente.

### **5. Dos elementos de responsabilidade civil hospitalar**

Com a entrada do Brasil no cerne da pandemia internacional decretada pela OMS em março próximo passado, uma batalha pelo atendimento médico-hospitalar travou-se no país.

Tendo em vista a falta de leitos existentes no país, analisaremos a incidência da responsabilidade civil por ausência de leitos hospitalares, vagas na UTI, disponibilidade de respiradores para os pacientes graves que deles necessite.

Poderia a família de uma paciente responsabilizar o hospital por ausência de respirador? Na prática, o hospital se vê obrigado em atenção ao direito à vida e a saúde previstos na Constituição federal nos artigos, 5º, 6º e 196, a prestar o primeiro socorro e encaminhar o paciente para outra unidade hospitalar que lhe possa atender.

Sabe-se que a falta de vagas em hospitais, em situações normais é enxergada pelos tribunais como falha no serviço, seja ele público ou privado.

A questão agora é excepcional: assim, o estado atual de pandemia poderia representar um excludente de culpabilidade aos hospitais e casas de saúde tendo em vista a carência de vagas?

Em matéria de responsabilidade civil, a responsabilidade dos hospitais é objetiva, conforme os serviços prestados, nascendo, pois, a obrigação de reparar quando estão



presentes: a conduta comissiva ou omissiva do agente, a culpa ou o dolo do ofensor, o nexo de causalidade e o dano, nascendo assim a obrigação de reparar.

No que tange aos atos profissionais e instituições médicas, embora se entenda pela incidência do CDC na sua atuação, a responsabilidade objetiva do hospital ou da operadora dependerá da responsabilidade subjetiva do médico.

A responsabilidade civil do hospital surgirá quando o paciente sofrer danos decorrentes da qualidade dos serviços ali prestados, como advindos de defeitos nos aparelhos, nos equipamentos, no fornecimento de alimentação, na assepsia, embora reste preservado ao hospital o direito de regresso contra o agente que responderá por imprudência, negligência ou imperícia.

O que fazer quanto a falta de vagas disponíveis na rede hospitalar para atender a enorme vasão de pacientes infectados com o Covid 19, tendo em vista que todas as demais doenças, crônicas, agudas e consuptivas continuarão a coexistir nesse período.

Nesse sentido, ponderou Silvio Rodrigues que “ do exame da lei, arts 392 e 393 do CC//2002, que correspondem aos arts. 1057 e 1058 do CC/1916, é possível entender-se que tanto a ausência de culpa, como o caso fortuito ou força maior excluem a responsabilidade do inadimplente”. Pondera se seria essas expressões todas equivalentes.<sup>33</sup>

No entender de Agostinho Alvim “ embora possam ser entendidas como sinônimas as expressões, não basta ao devedor provar sua qualidade de pessoa habitualmente cuidadosa, para eximir o seu dever de indenizar, cumpre-lhe evidenciar que no caso concreto, tomou todos os cuidados, tendo feito tudo para cumprir com a sua obrigação”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> RODRIGUES, Silvio – Direito civil, v.2, parte geral das obrigações, 30.ed., São Paulo:Saraiva, 2002, p. 236

<sup>34</sup> ALVIM, Agostinho Neves de Arruda– Da inexecução das obrigações e suas consequencias, 5.ed., São Paulo:Saraiva, 1980,p. 330 e ss



Para Carlos Alberto Dabus Maluf, “o legislador brasileiro incluiu dentro das consequências da inexecução das obrigações, o caso fortuito e a força maior. O Código Civil em seu art. 393, repetindo igual dispositivo do Código Civil de 1916 em seu art. 1058, não fez diferença entre as duas expressões, entendendo que há sinonímia entre elas”.

Assim, segundo a referida letra da lei “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

Parágrafo único “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Para o professor são idênticos os efeitos oriundos dos casos que abrangem o caso fortuito e a força maior. São por sua vez acontecimentos invencíveis de uma causa estranha não imputável ao devedor.<sup>35</sup>

Para Henri de Page, os termos caso fortuito e força maior, no Código Civil, não tem um sentido específico, mas um significado genérico.<sup>36</sup>

Cita Clovis Bevilacqua para quem “ o Código Civil distingue entre dolo e culpa; mas não faz depender, exclusivamente, de um ou de outro a obrigação de indenizar, que é devida ainda na ausência de culpa, pelo simples fato de dano”.<sup>37</sup>

Leciona Carlos Alberto Dabus Maluf que “tratando-se da teoria do risco profissional, exige a nossa lei que o próprio fato inevitável, determinante do acidente, seja completamente estranho ao trabalho para que cesse a responsabilidade civil objetiva”.<sup>38</sup>

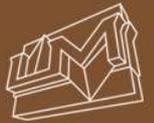
---

<sup>35</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus – Do caso fortuito e da força maior – excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio ( Coord) Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, P. 81 e 82

<sup>36</sup> DE PAGE, Henri – *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2.ed., Bruxelles:Émile Bruylant, 1948, t.2, p. 1009

<sup>37</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus – Do caso fortuito e da força maior – excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio ( Coord) Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, P. 87

<sup>38</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus – Do caso fortuito e da força maior – excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio ( Coord) Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, P. 96 e ss



Pensando na distinção trazida por Agostinho Alvim, temos: o caso fortuito interno, ligado à pessoa, coisa ou empresa do agente e caso fortuito externo, ligado às forças da natureza. Somente o caso fortuito externo poderia excluir a responsabilidade civil, principalmente se esta se fundar no risco.<sup>39</sup>

De qualquer forma, a característica mais marcante da excludente de culpabilidade é a inevitabilidade, ou seja, é a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas.

Quanto ao número de leitos hospitalares que devem estar disponíveis para a população em termos normais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) não estabelece qual seria a proporção ideal de vagas hospitalares. A média no planeta, de qualquer forma, é de 3,2 leitos para cada mil habitantes (contando UTIs e instalações normais).

Este número, a título de exemplo, representa a densidade de leitos na Itália para cada mil pessoas, contra 2,20 no Brasil (O Ministério da Saúde indica 2,5 leitos como sendo adequado). Eles têm 60% mais leitos do que o Brasil em relação ao número de habitantes, e ainda assim sistema de saúde italiano entrou em colapso após a ascensão da Covid-19. O Japão, por exemplo tem seis vezes mais leitos hospitalares do que o Brasil.<sup>40</sup>

Outros exemplos da proporção de leitos hospitalares no mundo – considerando a margem de mil pessoas: Alemanha – 8 leitos, França – 5,9 leitos, Suíça – 4,53 leitos, Portugal – 3,39 leitos, Espanha – 2,97 leitos, Inglaterra – 2,54 leitos, Canada – 2,5 leitos, USA – 2,77 leitos, México – 1,38 leitos, Chile – 2,11 leitos, Nova Zelândia – 2,65 leitos, Israel – 2,99 leitos, Austrália – 3,84 leitos, China – 4,34 leitos, Coreia – 12,27 leitos, Japão – 13,05 leitos

O número de leitos hospitalares no Brasil, diminuiu 12,6% nos últimos dez anos. Caiu de 2,23, em 2010, para 1,95 em 2019.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Direito Civil - Serie Universitaria, Rio de Janeiro/São Paulo: Campus Jurídico/Elsevier, 2014,p. 212 e 213

<sup>40</sup>Fonte: <https://portalhospitaisbrasil.com.br> < acesso em 08.05.2020>

<sup>41</sup> Fonte: <http://www.google.com> + numerodeleitoshospitalesnobrasil.htm < acesso em 08.05.2020>; <https://portalfiocruz.com.br> < acesso em 08.05.2020>



Tendo em vista esse panorama de déficit de leitos hospitalares, entendemos que a pandemia oriunda do coronavírus – SARS CoV 2, pode figurar como excludente de responsabilidade do hospital, das casas de saúde e das operadoras de saúde suplementar, nos casos de inadimplemento contratual involuntário ocasionado pela falta de leitos hospitalares necessários para atender à enorme demanda da atualidade.

Assim, a pandemia decretada pela OMS em 11.03.2020, constitui uma circunstância de enorme excepcionalidade, que perfaz uma situação extrema, a qual importa aos hospitais, casas de saúde e operadoras de saúde, excludente de culpabilidade em decorrência do caso fortuito e da força maior, desde que comprovada a impossibilidade (obvia) de cumprir a obrigação, ou seja, que demonstre que todos os leitos e respiradores pertencentes às suas unidades e/ou redes credenciadas encontrem-se indisponíveis.

Configura-se assim, “verdadeira situação de caos, irresistível e que não guarda relação com o risco da atividade empreendida pelos coadjuvantes do sistema de assistência suplementar à saúde”.<sup>42</sup>

Realmente, como bem leciona Carbonnier, existem acontecimentos que ultrapassam as forças humanas, e diante deles, as instituições jurídicas, concebidas para a bitola regular da vida corrente, devem ceder; como é o caso dessa pandemia internacional que estamos enfrentando, interceptam-se as vias de atendimento dos pacientes, tolhendo às empresas prestadoras de serviço o cumprimento do seu contrato ( lembrando que a relação medico paciente é uma relação contratual). Nesse caso surge o fato estranho alheio à vontade das partes, cujos efeitos não se podem evitar ou impedir (*vis cui resisti non potest* – Digesto, Liv 19, Tit 2, Frag 15 § 2º) e que tolhe às partes a obtenção do resultado almejado.<sup>43</sup>

Nesse sentido, os diversos países da comunidade internacional, entre eles o Brasil, estão dispendendo claros esforços para tentar minimizar o déficit de leitos, construindo

---

<sup>42</sup> SANTOS, Jose Carlos Van Cleef de Almeida; ARBACH, Henrique Pires; BENITE, Felipe Martins – responsabilidade civil por falta de vagas em hospital no período de pandemia. In <http://m.migalhas.com.br> < acesso em 08.05.2020>

<sup>43</sup> CARBONNIER, J – Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 57/191; MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Albeeto Dabus – Curso de direito civil, direito das obrigações 1ª parte, 41. Ed. São Paulo:Saraiva, v.4, 2015, p. 395



unidades de campanha – embora pudessem estar aproveitando instalações abandonadas de hospitais (como o hospital Samaritano ou o hospital pan-americano em São Paulo), além de implementar medidas de controle de infestação viral, para dar um respiro às unidades de saúde, para tentar melhor atender a população. E assim, pensamos, não ser juridicamente aceitável a responsabilização civil do estabelecimento hospitalar tendo em vista a falta de leitos, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

Diante do exposto, concordamos com o entendimento de que “é seguro afirmar que a ausência de vagas em hospital, leitos em UTI ou respiradores, que em situação de normalidade poderiam ser enquadrados no conceito de caso fortuito interno, não enseja o mesmo tratamento diante de eventos ocasionados pela força maior, como ocorrem com aqueles decorrentes da pandemia da covid-19, sob pena de inviabilizar até mesmo a continuidade da prestação de serviço essencial pela falta de verba, que se destinaria ao pagamento de um imensurável numerário a título de eventuais indenizações”.<sup>44</sup>

A quem cabe o ônus da prova do caso fortuito ou da força maior? Cabe esta ao devedor, posto que quem deseja liberar-se alegando o caso fortuito como causa de exoneração deve prova-lo. “não basta porem a prova do fato material invocado, mas é preciso demonstrar ter sido ele a causa verdadeira do prejuízo, ou da impossibilidade de executar a prestação prometida”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> SANTOS, Jose Carlos Van Cleef de Almeida; ARBACH, Henrique Pires; BENITE, Felipe Martins – responsabilidade civil por falta de vagas em hospital no período de pandemia. In <http://m.migalhas.com.br> < acesso em 08.05.2020>

<sup>45</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus – Do caso fortuito e da força maior – excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In. NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio ( Coord) Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98