

# Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 17 - n.º 34 - 2020  
Publicação Semestral

  
Centro de  
Direito Biomédico



# Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Área de investigação “Vulnerabilidade e Direito” / Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integrada no Projecto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR/04643/2019)

Research area “Vulnerability and Law” / Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, integrated in the Project “Social challenges, uncertainty and law” (UID/DIR/04643/2019)



**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

## Ficha Técnica

*Conselho Redatorial*

**João Carlos Loureiro** (Diretor)

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

**André Dias Pereira**

(Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra e Centro de Direito Biomédico da FDUC)

**Carla Barbosa**

(Centro de Direito Biomédico da FDUC)

*Propriedade da Revista (Morada da Redação)*

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pátio das Escolas

3004-528 Coimbra

Telef./Fax: 239 821 043

[cdb@fd.uc.pt](mailto:cdb@fd.uc.pt)

[www.centrodedireitobiomedico.org](http://www.centrodedireitobiomedico.org)

*Editor*

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra | Pátio das Escolas, 3004-528 Coimbra

Lex Medicinæ

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 17 - n.º 34 - Julho/Dezembro 2020

Publicação Semestral

*Execução gráfica*

Ana Paula Silva

NIPC 504 190 490

ISSN 1646-0359

Depósito Legal: 214 044/04

ANOTADA NA ERC

Estatuto Editorial disponível em:

<https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes>

*O Centro de Direito Biomédico, fundado em 1988, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do direito da saúde entendido num sentido amplo, que abrange designadamente, o direito da medicina e o direito da farmácia e do medicamento. Para satisfazer este propósito, desenvolve acções de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.*

## Sumário

### Doutrina

Inês Fernandes Godinho <i>A Autonomia do Doente no Âmbito das Decisões de Fim de Vida</i> .....	3
Luciana Dadalto • Sarah Carvalho Santos • Janine Cristiane Rocha Pereira <i>Suicídio Racional: Uma Nova Perspectiva Acerca do Direito de Morrer</i> .....	9
Mickael Martins <i>Responsabilidade por Medicamento Defeituoso — O Caso da Oncologia</i> .....	21
Túlio Felipe Xavier Januário <i>Inteligência Artificial e Responsabilidade Penal no Setor da Medicina</i> .....	37
Nuno Samelo <i>O Estatuto Jurídico do Cadáver, o Cemitério e o Culto</i> .....	65

Gabriela Reis Rodrigues de Lima <i>Autonomia: o direito à morte digna e a eutanásia</i> ...	87
------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Jarbas Paula de Souza Junior <i>Diretrizes Sobre o Uso de Dados Pessoais e de Saúde como Ferramenta de Saúde Pública no Combate ao Covid-19</i> .....	109
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Cibele Naoum Mattos <i>Diretrizes Sobre o Uso de Dados Pessoais e de Saúde como Ferramenta de Saúde Pública no Combate ao Covid-19</i> .....	129
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

### Vária

João Carlos Loureiro <i>A Boat to (About) Martha Fineman: The Place of a Dialogue</i> .....	149
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



### A AUTONOMIA DO DOENTE NO ÂMBITO DAS DECISÕES DE FIM DE VIDA<sup>(\*)</sup>

Inês Fernandes Godinho (\*\*)

**Sumário:** *Considerações iniciais; I. As decisões terminais; 1. O doente consciente; 2. O doente inconsciente; 3. Limites das decisões terminais; II. Decisões terminais juridicamente eficazes; 1. Doentes conscientes; i) Decisões de ausência de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico; ii) Decisões de continuação de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico; 2. Doentes inconscientes; Considerações finais<sup>(\*\*)</sup>*

**Summary:** *Preliminary remarks; I. End-of-life decisions; 1. The conscious patient; The unconscious patient; 3. Limits of end-of-life decisions; II. Legally effective end-of-life decisions; 1. Conscious patients; i) Decisions of absence of medical procedure or treatment; ii) Decisions of continuity of medical procedure or treatment; 2. Unconscious patients; Final remarks*

**Palavras-chave:** *Decisões terminais — autonomia do doente — doentes conscientes — doentes inconscientes*

**Keywords:** *End-of-life decisions — patient's autonomy — conscious patients — unconscious patients*

#### Considerações iniciais

O doente maior que padece de uma doença incurável e terminal é ainda, na maior parte das vezes, uma pessoa capaz de expressar a sua vontade livre e esclarecida. A autonomia do doente sendo um valor fundamental para o ordenamento jurídico português, o exercício da prática médica apenas

pode ser compreendido em obediência ao princípio do respeito pela autonomia do doente.

Do ponto de vista das decisões de fim de vida, muitas poderão ser consideradas — desde as decisões relativas às exéquias (cerimónias fúnebres), àquelas que se referem a disposições patrimoniais. Todavia, este texto procura esclarecer algumas questões relativas às decisões terminais no contexto da relação médico-doente.

#### I. As decisões terminais

Quando se tratam as decisões terminais tem-se em vista aquelas decisões do doente que terão como consequência (previsível) a sua morte.

Neste contexto, tanto são abrangidas as questões relativas ao Testamento Vital, como aquelas que se prendem com a continuação ou não de tratamentos e intervenções médico-cirúrgicos.

Com a aprovação parlamentar da regulação da morte medicamente assistida e na incerteza sobre a sua vigência em Portugal, importa, todavia, tornar claras quais são as decisões terminais possíveis no actual quadro jurídico português.

Para tanto, e por forma a melhor esclarecer quais as decisões terminais que são juridicamente admissíveis, importa distinguir entre os doentes conscientes e os doentes inconscientes, dado que colocam problemas distintos.

Na referência a doentes conscientes e a doentes

\* O presente texto foi redigido tendo como único objectivo uma tentativa de enunciação sistematizada das decisões terminais admissíveis no actual quadro legal português.

\*\* Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto; Investigadora do Instituto Jurídico e do CDB.

tes inconscientes é importante clarificar que as categorias pressupõem sempre, neste texto, que os doentes sejam maiores e capazes (neste último caso, até ao momento de inconsciência). Desse modo, não serão aqui abordados os problemas específicos relativos aos doentes menores e aos doentes maiores incapazes.

### 1. O doente consciente

Uma vez que a vontade do doente deve ser (preferencialmente) actual, o doente consciente pode exercer com maior amplitude o seu direito de autodeterminação (decisão).

O doente, no exercício do seu direito de autodeterminação relativamente aos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas deve poder sempre tomar uma decisão informada.

Dessa perspectiva, o exercício da actividade médica — ou seja, os actos médicos — apenas pode ser levada a cabo com o consentimento do doente. Dito de outra forma, nenhum doente (consciente) maior se encontra obrigado a consentir em qualquer qualquer tratamento ou intervenção proposto pelo médico relativamente à sua pessoa.

O médico que pratique um acto contra a vontade do doente comete o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no art. 156º do Código Penal. Com efeito, dispõe o art. 156º, n.º 1, do Código Penal que [os médicos] que realizam intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidos com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. Este é um crime contra a liberdade pessoal e obedece a um modelo não paternalista de exercício de medicina, em que deve ser respeitada a autonomia do doente.

Para que o doente possa tomar a sua decisão quanto à prestação do consentimento para o trata-

mento ou a intervenção em causa, o doente deve ser esclarecido pelo médico. Na verdade, para efeito do Código Penal português, o consentimento prestado pelo doente apenas poderá ser verdadeiramente considerado como válido se o mesmo tiver sido precedido do cumprimento do dever de esclarecimento por parte do médico.

Nos termos do art. 157º do Código Penal, “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Como decorre do texto da norma legal, a regra é a de que sobre o médico recai o dever de cabal esclarecimento do doente sobre o diagnóstico e prognóstico, não só da doença em geral, mas de qualquer tratamento ou intervenção médica.

Quer isto significar que o médico não poderá considerar cumprido o seu dever se o doente não compreender os termos em que o médico fala. Por outras palavras, o médico tem o dever de adaptar o modo de comunicação — a linguagem — ao doente que deve esclarecer.

A excepção contida no art. 157º do Código Penal — “..., salvo se.” —, designada de privilégio terapêutico, refere-se apenas àqueles casos em que o teor da comunicação devida pelo médico ao doente poderá ter um impacto negativo na própria saúde do doente. Por exemplo, os casos em que o conhecimento pelo doente do diagnóstico pudesse originar uma reacção que pusesse em causa qualquer hipótese de tratamento possível. Ou seja, não pode servir, em caso algum, para o médico se escusar em geral de cumprir o seu dever de esclarecimento e todas as

excepções ao cumprimento deste dever terão de ser devidamente fundamentadas (legítimas).

## 2. O doente inconsciente

O doente, estando inconsciente, não pode manifestar a sua vontade actual, ou seja, não pode, também, prestar o seu consentimento em intervenções ou tratamentos médicos.

A questão de o doente estar inconsciente pode ter implicações de duas perspectivas.

Em primeiro lugar, importa uma referência aos casos de inconsciência temporária. Aqui, o princípio fundamental vigente sendo o *in dubio pro vita* (na dúvida, a favor da vida), quando ocorre uma perda temporária de consciência em que seja necessária uma intervenção médica (urgente), o médico poderá actuar sem consentimento conquanto a sua obtenção — significando um adiamento da intervenção — implique um perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do doente (art. 156º, n.º 2, al. a), do Código Penal). Quando, inversamente, o adiamento da intervenção em causa não represente qualquer perigo para a vida ou para a saúde do doente, o médico terá o dever de adiar a intervenção para que seja possível obter para a mesma o respectivo consentimento.

Em segundo lugar, devem referir-se os casos de inconsciência permanente.

Neste contexto, importa distinguir entre os casos em que o doente tenha feito um Testamento Vital e os casos em que não o tenha feito.

Se o doente não tiver feito um Testamento Vital, incumbirá ao médico procurar obter o designado consentimento presumido do doente. Sendo o consentimento presumido equiparado ao consentimento efectivo — ou seja, o consentimento actual, prestado pelo próprio doente —, de acordo com o art. 39º, n.º 1, do Código Penal, o consentimen-

to presumido ocorre quando a situação em que o médico actua permitir supor que o doente teria consentido no facto, se estivesse em condições de o fazer na circunstância em causa (art. 39º, n.º 2, do Código Penal). O que significa, por exemplo, que se o médico souber que o doente é Testemunha de Jeová, não poderá presumir que o doente consentisse em uma transfusão de sangue. Diferentemente, se o médico não tiver qualquer informação de que o doente é Testemunha de Jeová e for necessário fazer uma transfusão de sangue, o médico poderá validamente presumir que o doente teria consentido na transfusão.

Estes exemplos servem para ilustrar como se poderá considerar existir um consentimento presumido (válido) do doente, legitimando, assim, a intervenção ou tratamento médico-cirúrgicos. Em todas as situações em que o doente não tenha formulado uma directiva antecipada de vontade (Testamento Vital), ou, tendo-a formulado, que não sejam pela mesma abrangidas, deverá respeitar-se o procedimento para a obtenção do consentimento presumido. De notar, finalmente, que o consentimento presumido também poderá ser aplicável em algumas situações de inconsciência temporária.

Existem depois ainda os casos em que o doente formulou antecipadamente “a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que respeita aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (art. 2º, n.º 1, da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho — Lei do Testamento Vital). Por outras palavras, formulou uma directiva antecipada de vontade sob a forma de Testamento Vital.

Do ponto de vista das decisões terminais, podem constar de Testamento Vital as seguintes decisões do doente:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial de funções vitais;
- b) Não ser submetido a nenhum tratamento inútil ou desproporcionado no âmbito do quadro clínico em que se encontra, por exemplo, no que diz respeito a medidas de suporte básico de vida e a medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;
- c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo direito a uma intervenção global do doente no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada (art. 2º, n.º 2, da Lei do Testamento Vital).

A elaboração de um Testamento Vital, que conste depois do Registo Nacional do Testamento Vital, implica que as directivas nele contidas devem ser respeitadas pelo prestador de cuidados de saúde (art. 6º, n.º 1, da Lei do Testamento Vital).

### 3. Limites das decisões terminais

Quer relativamente a doentes conscientes, que possam expressar a sua vontade, quer quanto a doentes inconscientes, que a tenham expressado previamente em directiva antecipada de vontade, existem, actualmente, limites quanto à consideração dessas decisões.

Com efeito, uma decisão terminal que implique a morte assistida por médico ou prestador de cuidados de saúde não é, por ora, uma decisão juridicamente admissível, não produzindo, pois, quaisquer efeitos.

No caso de doentes conscientes que peçam assistência ao suicídio, através da prescrição de medicamentos, por exemplo, tal pedido não poderá ser atendido pelo médico ou prestador de cuidados de

saúde, na medida em que constitui a prática de um crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, previsto no art. 135º do Código Penal. Assim, o médico ou prestador de cuidados de saúde encontra-se legalmente proibido de prestar esse tipo de assistência.

Também no caso de o doente consciente formular um pedido de libertação do sofrimento através de processo de indução de morte (a designada “injecção letal”), tal pedido não poderá ser respeitado pelo médico ou prestador de cuidados de saúde, uma vez que se encontra proibido de o fazer pelo art. 134º do Código Penal, relativo ao homicídio a pedido da vítima.

Todavia, nos termos do art. 8º da Lei n.º 31/2018, de 18 de Julho (Direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida), as pessoas com prognóstico vital estimado em semanas ou dias têm direito, querendo, a receber sedação paliativa, assim como a recusar a alimentação.

Tratando-se de doente inconsciente que tenha formulado directivas antecipadas de vontade, as mesmas serão consideradas como inexistentes, isto é, não produzem qualquer efeito, se o respectivo cumprimento provocar uma morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134º e 135º do Código Penal (art. 5º, al. b), da Lei do Testamento Vital).

## II. Decisões terminais juridicamente eficazes

Depois de feito este enquadramento necessário, importa identificar quais as decisões terminais que produzem efeito, ou seja, quais as decisões tomadas pelo doente que vinculam o médico, devendo pelo mesmo ser respeitadas.

Para tanto, e procurando tornar clara a sistematização seguida, as decisões serão ordenadas consoante se trate de doente consciente ou de doente inconsciente.

## 1. Doentes conscientes

No âmbito das decisões terminais de doente consciente podemos distinguir entre aquelas que se prendem com a ausência de intervenção médica e as que se referem à continuação de intervenção médica.

Recorde-se que todas as decisões a que aqui fazemos referência têm como pressuposto o cumprimento prévio do dever de esclarecimento por parte do médico (prestador de cuidados de saúde), ou seja, em que a decisão tomada é uma decisão não forçada e consciente das respectivas consequências.

### i) *Decisões de ausência de intervenção ou tratamento médico-cirúrgicos*

De entre as decisões que se prendem com a ausência de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico podemos distinguir entre as decisões de suspensão, as decisões de interrupção e as decisões de não aceitação.

As decisões de suspensão referem-se aos casos em que o doente pretende continuar o tratamento, mas quer que o mesmo seja suspenso durante um período de tempo (para depois ser retomado). Imaginando um exemplo para explicar o que significa a suspensão — ainda que o exemplo seja hipotético e não corresponda, necessariamente, à boa prática médica —, se em um tratamento de quimioterapia estiver planeado um ciclo de quinze sessões ao longo de quinze semanas seguidas, o doente poderá decidir que nas semanas sete e oito não quer participar na sessão, retomando, até perfazer as quinze sessões/quinze semanas, na semana nove. Ou seja, a totalidade do tratamento ocorre, mas com uma suspensão nas semanas sete e oito. Naturalmente que, tratando-se de uma intervenção cirúrgica — em que, na maior parte dos casos, o doente não estará sequer consciente durante a mesma —, a decisão de sus-

penção pode não ter possibilidade de ocorrer. Pois que apenas se pode, verdadeiramente, falar de uma decisão de suspensão quando o acto em causa possa ser retomado (isto, independentemente de a suspensão poder ter consequências em si mesma para a vida ou a saúde do doente). Ora, sendo a intervenção em causa considerada um acto único, e existindo consentimento na sua realização por parte do doente, pode a suspensão da intervenção não ser possível, dado que a mesma não poderá ser retomada.

Por seu turno, as decisões de interrupção dizem respeito às situações em que o doente não pretende continuar o tratamento ou intervenção (entretanto) já iniciados. Neste caso, mesmo que a consequência para o doente possa ser (previsivelmente) a morte, conquanto o doente esteja esclarecido e ciente dessa possível consequência e, ainda assim, queira prosseguir com a decisão de interrupção, o médico deverá respeitar essa mesma decisão. Por exemplo, se o doente pretender interromper um ciclo de tratamento de quimioterapia ou de radioterapia, não poderá ser forçado pelo médico a continuar o referido tratamento. O que não invalida que o médico possa (deva) aconselhar o doente a não interromper o tratamento.

Finalmente, as decisões de não aceitação prendem-se com um tratamento ou intervenção proposto pelo médico, mas que não é aceite pelo doente, não podendo, por esse motivo, ser (sequer) iniciado. Se o médico propuser um tratamento de radioterapia ou quimioterapia e o doente não aceitar, o mesmo não poderá ser imposto ao doente. Havendo recusa, é usualmente requerido que o doente assine um termo de responsabilidade (da recusa de tratamento). Claro que, nestas situações, o doente, não aceitando o tratamento proposto, poderá sempre indagar sobre a existência de alternativas, para lá da mera rejeição do tratamento ou intervenção proposto.

ii) *As decisões de continuação de tratamento ou intervenção médico-cirúrgicos*

No contexto das decisões relativas à continuação de tratamento ou intervenção estão fundamentalmente em causa aquelas situações em que a continuação do tratamento ou intervenção pode acarretar sério risco para a vida do doente. Por exemplo, no âmbito do tratamento para as dores, podem existir consequências secundárias que podem afectar o funcionamento do organismo (paragem cárdio-respiratória, falência de algum órgão vital). Nestes casos, a decisão de continuação do tratamento ou intervenção pode também assumir a natureza de uma decisão terminal. Também aqui o médico deverá respeitar a decisão do doente.

## 2. Doentes inconscientes

8 Tratando-se de doente inconsciente, as suas decisões poderão constar de directivas antecipadas de vontade, sob a forma de Testamento Vital e incluir as decisões acima referidas no ponto 2.

Não tendo formulado directivas antecipadas de vontade, caberá ao médico — juntamente com os familiares, caso existam — procurar encontrar a vontade presumida do doente atendendo às circunstâncias em causa.

De qualquer modo, ao médico — nos termos do respectivo Código Deontológico — será sempre vedado o designado encarniçamento terapêutico ou a obstinação terapêutica, devendo ser evitados qualquer tratamento ou intervenção que se manifestem fúteis ou desproporcionados.

A Lei do Testamento Vital prevê ainda a figura do Procurador de Cuidados de Saúde, ou seja, a pessoa — maior e capaz — que terá “poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante,

quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (art. 11º da Lei do Testamento Vital), sendo que, havendo conflito entre as disposições das directivas antecipadas de vontade e a vontade do Procurador de Cuidados de Saúde, prevalecem as disposições das directivas (art. 13º, n.º 2, da Lei do Testamento Vital).

## Considerações finais

A autonomia do doente é um valor fundamental no exercício da medicina. Assim, as decisões do doente devem ser respeitadas pelo médico (e pelo prestador de cuidados de saúde), mesmo que possam ser decisões terminais.

Actualmente, as decisões terminais enquanto manifestação da autonomia do doente encontram o seu limite quanto a actos médicos que sejam considerados constituírem a prática dos crimes previstos nos artigos 134º e 135º do Código Penal. Por outras palavras, a morte medicamente assistida — quer através da prescrição de medicamentos, quer através da indução da morte — não é permitida.

Contudo, as decisões terminais que não ultrapassem este limite devem ser respeitadas pelo médico (prestador de cuidados de saúde), sob pena de ele próprio praticar um crime contra a liberdade pessoal (art. 156º do Código Penal).

O ordenamento jurídico português actualmente, mesmo sem a possibilitação da morte assistida, é um ordenamento jurídico que já confere ampla margem de protecção da autonomia do doente, também no âmbito das decisões terminais.

A discussão pública e política a propósito de um alargamento dessa protecção quanto às decisões terminais no contexto da relação médico-doente poderá, todavia, eliminar no futuro os limites a que as mesmas se encontram hoje sujeitas.

# SUICÍDIO RACIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DO DIREITO DE MORRER

Luciana Dadalto<sup>(\*)</sup> • Sarah Carvalho Santos<sup>(\*\*)</sup> • Janine Cristiane Rocha Pereira<sup>(\*\*\*)</sup>

**Resumo:** *O presente artigo objetiva discutir o suicídio racional, entendido como a abreviação da vida por qualquer pessoa autônoma, a partir do sentido que cada um atribui ao viver. Primeiramente, objetivou-se diferenciar os conceitos de conceitos de suicídio assistido, suicídio racional e suicídio patológico afim de compreender o que seria uma morte com dignidade sob a perspectiva pessoal. Assim, a partir da análise de casos concretos, da literatura mundial e do ordenamento jurídico brasileiro conclui-se que o suicídio racional é um novo desafio mundial e que, no Brasil, pode ser defendido sob o argumento de que o bem jurídico vida é um direito e não um dever, razão pela qual não poder-se-ia obrigar uma pessoa, autônoma, a continuar vivendo.*

**Palavras chave:** *suicídio racional, morte digna, autonomia.*

**Abstract:** *This article aims to discuss rational suicide, understood as the abbreviation of life for any autonomous person, based on the meaning that each person attributes to living. First, the objective was to differentiate the concepts of assisted suicide, rational suicide and pathological suicide in order to understand what would be a death with dignity from a personal perspective. Thus, from the analysis of concrete cases, the world literature and the brazilian legal system, it is concluded that rational suicide is a new global challenge and that, in Brazil, it can be defended under the argument that the legal good of life is a right and not a duty, which is why an autonomous person could not be forced to continue living.*

**Keywords:** *rational suicide, dignified death, autonomy.*

---

<sup>\*</sup> Doutora em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUCMinas. Sócia da Luciana Dadalto Sociedade de Advogados. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (GEPBio) do Centro Universitário Newton Paiva. Administradora do portal [www.testamentovital.com.br](http://www.testamentovital.com.br). Email: [luciana@lucianadadalto.com.br](mailto:luciana@lucianadadalto.com.br)

## 1. Considerações Iniciais

O Direito reconhece desde os primórdios a existência de direitos inerentes ao homem, direitos estes que compõem a própria ideia do que é ser humano, mas é apenas no pós-Segunda Guerra Mundial que começa um esforço global para que conferir ampla proteção a tais direitos em escala internacional, seja através da positivação destes no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada país, seja através de uma proteção externa, de âmbito internacional e universal.

O direito à vida é considerado pelos aplicadores do Direito medular entre os chamados direitos do homem<sup>(1)</sup>, denominados Direitos Fundamentais se positivados internamente pelos Estados, ou Direitos Humanos, quando a proteção é externa, porquanto se entende que tal direito é condição para que se possa usufruir de todos os demais direitos ligados à personalidade humana.

Neste contexto, os ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais dão uma proteção extensão ao direito à vida, sendo este considerado um

---

<sup>\*\*</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (GEPBio) do Centro Universitário Newton Paiva.

<sup>\*\*\*</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (GEPBio) do Centro Universitário Newton Paiva.

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 47.

direito inviolável, irrenunciável e imprescritível<sup>(2)</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida está positivado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, de caráter inviolável, sendo sua proteção observada em todo ordenamento, em especial nas esferas civil e penal.

Contudo, inexistem nas normas brasileiras um conceito claro para o termo *vida*, de modo que é possível indagar se tal proteção limita-se ao sentido biológico/médico de viver — ou seja, funcionamento cerebral e manutenção das funções vitais —, ou se abarca o conceito de vida biográfica, sob a perspectiva individual e subjetiva de dignidade.

Tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido como cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio<sup>(3)</sup>, é preciso avançar nas discussões acerca de vida digna. Embora este princípio possua um conceito fluido e de delimitação inviável, relaciona-se à sua proteção a garantia de direitos de cunho individual e social de maneira conjunta, visando oferecer ao indivíduo uma existência confortável, saudável e prazerosa. Percebe-se, assim, que o conceito de viver dignamente é variável, possuindo um significado único para cada ser humano, construído de acordo com suas crenças particulares e sua experiência de vida.

É nesse limiar que se instaura a problemática da autonomia de pacientes em fim de vida. Assunto que ganha cada vez mais espaço nas discussões biojurídicas diante do embate entre a vida biológica e a vida biográfica, entre o direito e o dever de viver.

A cultura judaico-cristã reconhece a vida como

um presente divino e que, portanto, não se pode recusar e não se pode abrir mão, razão pela qual as sociedades ocidentais, inclusive a brasileira, tem como valor máximo a preservação da vida biológica, valor este amplamente respaldado pela medicina contemporânea, que consegue, com o avanço tecnológico, manter vivos por longo tempo pacientes com doenças incuráveis e em estados irreversíveis.

Esta situação, no início desse século, trouxe à tona no Ocidente o debate acerca da existência de um *direito de morrer*, ou seja, o reconhecimento de que pacientes com doenças terminais têm liberdade de escolher racionalmente dar fim à própria existência, entendidos estes como “paciente que encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para o óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho e independente dos esforços empregados”<sup>(4)</sup>.

Nesse contexto surgem os conceitos de distanásia, eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, que serão aprofundados ao longo desse artigo. Os defensores de cada uma dessas práticas, embora tenham ampla divergência acerca dos motivos e justificativas relacionadas ao emprego de cada um destes, pretendem alcançar o mesmo objetivo: garantir a dignidade do paciente com doença terminal nos momentos finais de sua vida, buscando que este se despeça de sua existência como melhor lhe convier<sup>(5)</sup>.

Todavia, existem situações que não se enquadram no conceito de terminalidade, mas que, por serem incuráveis e irreversíveis também geram em quem as tem o desejo de abreviar sua vida bioló-

<sup>2</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 747.

<sup>3</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>4</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 36- 37.

<sup>5</sup> DADALTO, Luciana. Morte Digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. In: *Revista Pensar*, 2019, ahead of print. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555>>, acesso em 28 ago. 2019.

gica, por exemplo, pacientes com tetraplegia, com doenças crônicas cardíacas e pulmonares e com doenças neurodegenerativas.

Diante de tais fatos, levanta-se o questionamento: manter vivo um indivíduo que, autônomo e voluntariamente, deseja pôr fim à sua vida, implica em retirar-lhe a dignidade? A vida é um direito ou um dever? É possível fazer em *direito ao suicídio*?

Considerado um problema de saúde pública, o suicídio é consequência de uma doença psíquica e deve ser sempre objeto de prevenção e pósvenção social<sup>(6)</sup>. Contudo, o que se pretende nesse trabalho é levantar a discussão de suicídio racional no Brasil, ou seja, a abreviação voluntária da vida por aqueles que não mais desejam continuar vivos, não possuem patologia psíquica e nem uma doença terminal.

Pretende-se, em suma, discutir autonomia para morrer sob uma perspectiva mais extensa do que a autonomia para morrer do paciente com doença terminal. Sabe-se que o assunto é árduo e, por isso, o presente artigo propõe-se apenas a apresentar reflexões introdutórias sobre o tema, na esperança de que as pesquisas sobre autonomia para morrer no Brasil aprofundem nas discussões sobre o suicídio racional.

## 2. Compreendendo o suicídio racional

Desde a Antiguidade, pode-se observar que o suicídio é algo presente na sociedade<sup>(7)</sup>, a exemplo das histórias de Demóstenes e Pitágoras, importantes personagens da Grécia antiga que terminaram por apressar o final de suas vidas. Tal prática perdura até os dias atuais, sendo que dado à frequência

com a qual tem ocorrido vem sendo encarada pelos estudiosos como um problema de saúde pública<sup>(8)</sup>.

Fato é que o suicídio é comumente ligado às motivações de natureza clínico/psiquiátricas e isso gera uma preocupação social com adoecimento mental da população e com a mistanásia, isto é, com a morte que acontece por falta de acesso ao sistema de saúde<sup>(9)</sup>. Assim, embora a prática de suicídio não possa ser penalizada, seja pela impossibilidade de se punir quem o praticou, seja pela incongruência em se punir quem o tentou, esta é repudiada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Todavia, estudos mais recentes têm demonstrado que existem circunstâncias não psiquiátricas que geram no indivíduo o desejo de abreviar sua existência. Cheung, Douwes e Sundram<sup>(10)</sup>, verificaram que quase metade dos pacientes terminais deseja acelerar a sua morte, desejo este que os autores consideram como consequência de um quadro clínico terminal, pois afirmam que esses pacientes estão psicologicamente saudáveis. Nesse contexto, inferem que é possível racionalizar o desejo de morrer, a despeito da ideia socialmente preconcebida<sup>(11)</sup>.

Balasubramaniam<sup>(12)</sup>, afirma que em sua profissão, muitas vezes se depara com adultos que expressam desejos de morte, destacando ser crescen-

<sup>6</sup> SCAVACINI, Karen. *O suicídio é um problema de todos: a consciência, a competência e o diálogo na prevenção e posvenção do suicídio*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: Instituto de Psicologia, 2018.

<sup>7</sup> MINOIS, George. *História do Suicídio: a sociedade ocidental diante da morte voluntária*. São Paulo: editora Unesp, 2018.

<sup>8</sup> DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio: tema de reflexão bioética. In: Revista Bioética, v. 20, n. 3, 2012, pp. 436-441.

<sup>9</sup> MELLO, Marcelo Feijó de. O Suicídio e suas relações com a psicopatologia: análise qualitativa de seis casos de suicídio racional. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, jan-mar, 2000. P.1-8.

<sup>10</sup> CHEUNG G, DOUWES G, SUNDRAM F. Late-life suicide in terminal cancer: a rational act or under-diagnosed depression? In: Journal of Pain and Symptom Management, 2017 Dec;54(6):835-842.

<sup>11</sup> CHEUNG G, DOUWES G, SUNDRAM F. Late-life suicide in terminal cancer: a rational act or under-diagnosed depression? In: Journal of Pain and Symptom Management, 2017 Dec;54(6):835-842.

<sup>12</sup> BALASUBRAMANIAM, Meera. Rational Suicide in Elderly Adults: A Clinician's Perspective. In: J Am Geriatr Soc., 2018 May; 66(5):998-1001.

te o número de idosos que expressam tal desejo mesmo não se encontrando em situações de terminalidade, salientando ainda a ausência de doenças mentais diagnosticáveis em tais pacientes.

Balasuremaniam exemplifica tal situação com o caso do Sr. A, empresário aposentado de 72 anos, que foi internado em hospital de ensino para tratamento de Adenocarcinoma Colorretal estágio 1. Ele foi submetido à ressecção do tumor e posteriormente, considerou-se não ser necessário realizar sessões de quimioterapia. Entretanto, ele foi informado de que precisaria de acompanhamento periódico contínuo na clínica gastrointestinal.

Encontrando-se nesta situação, o Sr. A mencionou à uma enfermeira que sempre teve a ideia de acabar com sua vida, acentuando ser este um pensamento inteiramente racional de sua parte “enquanto eu ainda estou me sentindo bem”, dizia. Segundo a enfermeira: “Ele disse que se a sua saúde mostrasse sinais de fracasso ou se o processo de acompanhamento se tornasse árduo, ele consideraria o suicídio”. Ele não especificou uma linha do tempo, afirmando: “Eu vivi uma boa vida. Eu vou ver como é, mas é melhor morrer bem no início de meus 70 anos do que ter uma vida em que eu tenha que estar ansioso antes de cada consulta médica ou ter repetidas cirurgias ou acabar em um lar de idosos”<sup>(13)</sup>.

A respeito disso, Philip Nitschke, conhecido como o primeiro médico a praticar eutanásia no mundo, afirma que atualmente as pessoas são pressionadas a viver<sup>(14)</sup>. Assim, contrariamente ao senso

comum, decidiu se afastar da carreira médica e se dedicar à organização pró-eutanásia *Exit International*, que fundou em 1997, na qual defende que, desde que a pessoa seja um adulto capaz e tenha discernimento, deveria reconhecido e instrumentalizado o direito de pôr fim a própria vida.

Acrescenta que a instituição *Exit International* tem um limite mínimo de 50 anos e a partir disso, não importa qual a razão, tendo a pessoa discernimento, a morte deveria ser um direito possível. Refuta, inclusive, a tese de que a consideração do suicídio está invariavelmente ligada às perturbações depressivas, muito embora, seja uma questão de extrema importância a ser avaliada<sup>(15)</sup>.

Exemplo disso, é o caso do cientista australiano David Goodall, que aos 104 anos, sem nenhuma doença incapacitante, viajou à Suíça para morrer através de suicídio assistido. Mesmo não possuindo uma doença em estado terminal, o cientista teve seu pedido atendido pela instituição Life Circle, haja vista a omissão legislativa na Suíça quanto à necessidade de estado terminal para a aprovação da realização do suicídio assistido. Pela lei basta que o indivíduo possua consciência plena e tenha manifestado seu desejo pela morte repetidas vezes.

Sobre esse caso, Philip Nitschke explica que o papel do médico na relação médico-paciente foi verificar se David Goodall era racional, isto é, se à época de sua decisão possuía discernimento ou não. Fora disso, explica que a atuação do médico pode ser questionável, visto que a decisão de morrer deveria ser uma decisão autônoma do indivíduo.

A ideia de que a abreviação da vida é um fenômeno inerente à condição humana saudável, independente de qualquer patologia psíquica é o

<sup>13</sup> BALASUBRAMANIAM, Meera. Rational Suicide in Elderly Adults: A Clinician's Perspective. In: J Am Geriatr Soc., 2018 May; 66(5):998-1001.

<sup>14</sup> SAPO ONLINE. Philip Nitschke, o primeiro médico a praticar eutanásia. ‘As pessoas hoje são pressionadas para viver’. Disponível em: <<https://ionline.sapo.pt/artigo/614585/philip-nitschke-o-primeiro-medico-a-praticar-eutanasia-as-pessoas-hoje-sao-pressionadas-para-viver-?seccao=Portugal>>, acesso em 20 ago. 2019.

<sup>15</sup> Para uma perspectiva contrária, recomenda-se: KOMRAD, Mark, et. al. Assessing Competency for Physician-Assisted Suicide Is Unethical. In: J Clin Psychiatry. 2018;79(6):181r12566.

fundamento do suicídio racional, entendendo que as motivações para a abreviação da vida podem ser diversas, mas têm em comum o argumento da *completed life*<sup>(16)</sup> - ou seja, a sensação de que a pessoa já viveu tudo o que poderia e que não há mais razão para permanecer vivo -, bem como a necessidade de cessar ou evitar progressão de sintomas de doenças progressivas e degenerativas, ou mesmo com condições irreversíveis<sup>(17)</sup>.

Nesse sentido, a racionalização do suicídio se vincula ao sentido que cada um atribui ao viver, diferenciando-se do suicídio patológico, que necessita continuar sendo prevenido.

Trata-se de um novo entendimento sobre o direito/dever à vida, que tem crescido em razão da dissociação da religião e da busca humana pela autonomia. Por assim ser, o medo da morte, existente desde os primórdios da Humanidade, começa a dar lugar ao medo de manter uma vida à qual, segundo a subjetividade de cada pessoa, não merece ser vivida.

Não sem razão, o estudo da racionalização do suicídio se ocupa também em superar os requisitos impostos pelas legislações que já regulamentaram a eutanásia e o suicídio assistido, objetivando dissociar o direito de morrer do estado clínico terminal. Dar autonomia à pessoa para decidir o momento de sua morte, afastando essa decisão da necessidade de pré-existência de uma condição incurável ou terminal, implica considerar, pois, a subjetividade incutida na percepção e trajetória de vida de cada ser.

Essa nova perspectiva traz a noção de que, apesar de toda movimentação científica e tecnológica

em busca da manutenção da vida e da longevidade, há a ponderação sobre qual vida merece ser vivida e qual é o sentido individual de cada vida, aumentando a consciência sobre a finitude e o desejo de controle sobre o momento do fim.

O que se defende no suicídio racional é a ideia de que o desejo de morrer pode estar dissociado de uma patologia mental e, portanto, ser válido sob a perspectiva da voluntariedade. Não se pode, contudo, olvidar que as vontades humanas são sempre influenciadas por suas vivências e por seus sentimentos e não haveria como ser diferente no presente caso. Se, como já comprovado por estudos<sup>(18)</sup>, há em pessoas despidas de qualquer problema psicológico uma vontade de dar fim a sua existência, não se pode apregoar como completo devaneio a hipótese ora levantada de que tal vontade advém de um pensamento racional humano.

### 3. Autonomia para morrer

As relações biomédicas, até então construídas sob a égide do modelo paternalista, foram afetadas diretamente pelo princípio bioético da autonomia. Ainda que a mudança não esteja consolidada, o tradicional modelo de tomada de decisão verticalizada vem sendo substituído pelo modelo horizontal, o que pressupõe o empoderamento do paciente sobre as decisões atinentes à sua saúde<sup>(19)</sup>.

Assim, o corpo clínico e enfermo assumem posições, no seu relacionamento, que tendem a ser ética e juridicamente equânimes, uma vez que há igualdade ideativa entre ambos. O paciente assume a condição de sujeito de seu tratamento e não mais de apenas objeto. Por outro

<sup>16</sup> SATALKAR, Priya; VAN DER GEEST, Sjaak. Escaping the 'unprepared generation' trap: discussions about euthanasia after a 'completed life' in the Netherlands. In: *Mortality*. 2019, p. 1-15.

<sup>17</sup> BALASUBRAMANIAM, Meera. Rational Suicide in Elderly Adults: A Clinician's Perspective. In: *J Am Geriatr Soc.*, 2018 May; 66(5):998-1001.

<sup>18</sup> MELLO, Marcelo Feijó de. O Suicídio e suas relações com a psicopatologia: análise qualitativa de seis casos de suicídio racional. In: *Cad. Saúde Pública*, 2000, Rio de Janeiro, vol.16, n.1, pp.163-170

<sup>19</sup> RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 2006, v. 22, n. 1, p. 109-118.

lado, o médico não deve portar-se como mero observador/interventor. Deve assumir, também, a função de interlocutor, dialogando com o enfermo.<sup>(20)</sup>

Destarte, a autonomia adquire sentido direcionado às discussões concernentes ao fim de vida, sendo definida como aptidão de um sujeito, em regra em situação de doença terminal, de decidir de maneira consciente acerca de seu próprio corpo. Para tanto, dispõe desta forma sobre tratamentos aos quais estaria disposto a se submeter, tomando em consideração suas vivências e valores pessoais, contando com a devida orientação médica referente às possibilidades e conseqüências de suas escolhas.<sup>(21)</sup>

Para que o paciente possa praticar atos verdadeiramente autônomos, em primeiro lugar, exige-se que ele tenha capacidade de decisão, de tal forma que esteja dotado de racionalidade, sendo, pois, capaz de definir de maneira livre e consciente o que pensa ser melhor para si<sup>(22)</sup>.

É necessário ainda, que o paciente compartilhe a tomada de decisões com um profissional de saúde, cujo papel reside no dever de informação, de maneira compreensível e completa, acerca dos possíveis tratamentos que poderá ser submetido e as repercussões que eventuais intervenções cirúrgicas trarão ao corpo e à vida do paciente<sup>(23)</sup>, posição essa rechaçada por Philip Nitschke, que como já visto, entende que é preciso propiciar às pessoas maneiras seguras de realização do suicídio racional que independam

da vontade — prescrição — de um médico.

Por fim, liga-se tal conceito de autonomia à ideia de legalidade, dado que o paciente está limitado a fazer suas escolhas dentro do ordenamento jurídico ao qual se submete.

Outro desdobramento da autonomia no processo de morrer é o direito de interrupção de qualquer tratamento iniciado ou de recusa a tratamento médico. Consoante a isso, o artigo 15 do Código Civil explicita que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”<sup>(24)</sup>

A interpretação do aludido artigo deve ser conforme a Constituição, haja vista que a leitura literal de sua disposição é hoje um contrassenso ético jurídico, na medida em que dá a entender, erroneamente, que o paciente possui a obrigação de aceitar cirurgia ou tratamento caso não haja risco de vida<sup>(25)</sup>.

[...] não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente suficientemente informado, que prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade.<sup>(26)</sup>

Sobretudo, esse direito se aplica à obstinação terapêutica, uma vez que o excesso de medidas que não são capazes de modificar o quadro mórbido, pode ser classificado como atos de tortura, violando a dignidade do paciente. Nesse sentido, o paciente poderá rejeitar a situação ou parte dela,

<sup>20</sup> STANCIOLI, Brunello Souza. A relação jurídica médico-paciente. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 26-27.

<sup>21</sup> CUNHA, Jorge Manuel Alves da. A autonomia e a tomada de decisão no fim da vida. Universidade do Porto. Porto: 2004, p.21-22

<sup>22</sup> DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio: tema de reflexão bioética. In: Revista Bioética, v. 20, n. 3, 2012, pp. 436-441.

<sup>23</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Análise do ordenamento jurídico. In Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. GODINHO, Adriano Marteleite; LEITE, George Salomão; DÁDALTO, Luciana (Coord). São Paulo: Almedina, 2017, p. 367.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

<sup>25</sup> RIBEIRO, Diaulas. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 22 (8):1750, ago.2006

<sup>26</sup> BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. Código Civil brasileiro interpretado conforme a Constituição da República. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42-43.

tendo em vista seu direito a uma morte natural<sup>(27)</sup>.

Compreende-se que, intrinsecamente ligado ao conceito de morte digna, está a ideia de autonomia do indivíduo para decidir acerca do momento que, segundo a concepção individual, seria apropriado para dar fim a sua vida. Em suma, defende-se a autonomia para morrer, da forma como melhor convier ao indivíduo, sendo essa uma questão subjetiva e, portanto, *indecibile per il legislatore*<sup>(28)</sup>.

Morte digna e autonomia para morrer são conceitos que se aproximam, uma vez que estudiosos que defendem o direito de morrer<sup>(29)</sup>, sustentam que não basta compreender a vida apenas em seu sentido biológico, devendo, também, levar em consideração a dignidade humana traduzida na qualidade deste viver. Considerando então que a definição de qualidade de vida é subjetiva, variando para cada ser humano, aponta-se que não há ninguém melhor para decidir acerca do que é ter uma vida digna do que o próprio indivíduo que a vive, exercendo desta forma sua autonomia para decidir sobre si.

Neste sentido, aponta Fermin Roland Schramm que:

[O interesse do indivíduo em morrer] se deve a uma razão aparentemente simples, defendida pela bioética laica e segundo a qual se se aceita que existe uma prioridade da qualidade de vida sobre a vida em si, se deve admitir também que, *prima facie*, o mais competente para decidir qual é a melhor qualidade de sua vida é o próprio

titular.<sup>(30)</sup>

Sob tal ótica, seria concebível falar que cada sujeito estaria apto a decidir sobre o momento de sua morte, independente de ter uma doença terminal ou uma condição irreversível?

Como já visto, direito à vida habita o rol de direitos humanos contemplados como universais, contando com ampla proteção dentre os ordenamentos jurídicos em escala global, porquanto se entende que não faz sentido se falar em direitos humanos e direitos da personalidade destacados do direito à vida, vez que este último é condição para o exercício daqueles, colocando a vida como um direito do qual não se pode dispor.

Isto porque o conceito de vida foi construído sob um aspecto de sacralidade ligado a religiosidade cristã, pelo qual apenas Deus teria o poder sobre a vida e a morte, entendimento que acabou por alocar a vida como um valor supremo ante aos demais.<sup>(31)</sup>

Toda esta ampla proteção em torno da vida se congregou as bases da construção da ética médica, que fundada no juramento hipocrático, base dos códigos de ética dos profissionais de saúde, trouxe um aspecto paternalista a profissão, levando a uma postura recorrente entre estes profissionais e que perdura entre os tempos, na qual se busca preservar a vida biológica do paciente.

Tal entendimento se aproxima do princípio bioético da beneficência, segundo o qual se deve usar a medicina em benefício dos pacientes, evitando-lhes causar lesões e males desnecessários (princípio bioético da não maleficência). Em verdade, há

<sup>27</sup> VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Eutanásia. In. Tratado Brasileiro sobre o Direito fundamental à morte digna. GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão e DADALTO, Luciana (Coord). São Paulo: Almedina, 2017, p.117.

<sup>28</sup> RODOTÁ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>. Acesso em 04 jul 2018.

<sup>29</sup> SIQUEIRA-BATISTA, R.;SCHRAMM, F. R. Eutanásia: Pelas Veredas da Morte e da Autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2004, vol.9, n.1, p.8-11.

<sup>30</sup> SIQUEIRA-BATISTA, R.;SCHRAMM, F. R. Eutanásia: Pelas Veredas da Morte e da Autonomia. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2004, vol.9, n.1, p.8-11.

<sup>31</sup> SEGRE, Marco. SILVA, Franklin Leopoldo e. SCHRAMM, Fermin R. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Revista Bioética*, vol.6, n.1, 1996, p. 1-7.

uma presunção de que o mais benéfico ao paciente é sempre a preservação de sua vida biológica.

Todavia, deve-se lembrar que não há nenhum princípio que seja superior aos outros, na medida em que estes devem funcionar em conjunto, e encontrando-se em situação de colisão, prevalece entre os juristas o entendimento de que se deve promover a flexibilização dos princípios de maneira a adequá-los ao caso concreto<sup>(32)</sup>.

Portanto, a vida não pode ser tratada como valor supremo, o que já se verifica em ordenamentos jurídicos estrangeiros nos quais se permite a pena de morte e o suicídio assistido, por exemplo<sup>(33)</sup>.

Neste aspecto, questiona-se o real acerto de se preservar a vida como um direito, mesmo que em detrimento da autonomia individual. Isto porque tais direitos possuem na esfera jurídica o mesmo status, não mais sendo possível compreender a vida de maneira distanciada de princípios como os da dignidade e liberdade.

A autonomia individual é ligada à ideia de realização humana, importando a sua preservação porquanto intimamente conectada a finalidade que cada indivíduo dá a sua própria existência.<sup>(34)</sup> Por

isso, tanto se discute sobre a possibilidade de se manter uma pessoa viva de forma dissociada de sua vontade livre e consciente, já que as ponderações e decisões relacionadas ao fim da vida estão sempre conectadas ao entendimento que cada indivíduo tem sobre o sentido da vida.

Assim, eventuais limitações ao exercício dessa autonomia devem se dar apenas quando houver um interesse público preponderante, ou seja, quando a vontade do indivíduo lesar os interesses da coletividade. Nesse contexto, ainda que haja forçosa cautela em relação ao exercício deste direito à autonomia para morrer, levanta-se a ideia de que o indivíduo que opta por sua morte provoca majoritariamente impacto em sua própria esfera individual, não prejudicando praticamente ninguém além de si mesmo.

Obviamente, o exercício da autonomia individual encontrará limites, por exemplo, quando o indivíduo não possuir capacidade para consentir, quando a vontade por viciada, ou quando for contrária ao princípio bioético da justiça. Contudo, mesmo com a existência de todos esses obstáculos de cunho prático, não se pode negar, no campo da teorização jurídico-filosófica, a razoabilidade de se inferir haver uma autonomia para morrer. Esse direito, como disto alhures, decorre da autonomia individual que possibilita ao indivíduo decidir o que lhe realiza/dignifica ou não.

Com efeito, superadas as heranças históricas que tornaram o direito à vida um pressuposto apriorístico e inafastável, enraizado na ideia de um viver apenas biológico, é chegada a hora de trazer à baila a discussão acerca do direito individual de dar fim à vida biológica da maneira e pelas razões subjetivas que conformam a dignidade de cada pessoa. Não se defende, nesta perspectiva, uma autonomia desvinculada da relação dos seres uns com os outros,

<sup>32</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.224-260.

<sup>33</sup> De acordo com documento publicado pela Amnistia Internacional de Portugal, existem 58 países que ainda aplicam a pena de morte, sendo eles: Afeganistão, Antígua e Barbuda, Arábia Saudita, Autoridade Palestina, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bielorrússia, Belize, Botsuana, Chade, China, Comores, Coreia do Norte, Cuba, Dominica, Egito, Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos da América, Etiópia, Guatemala, Guiana, Guiné, Guiné Equatorial, Iêmen, Índia, Indonésia, Irão, Iraque, Jamaica, Japão, Jordânia, Kuwait, Lesoto, Líbano, Líbia, Malásia, Mongólia, Nigéria, Omã, Paquistão, Qatar, República Democrática do Congo, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Santa Lúcia, Serra Leoa, Singapura, Síria, Somália, Sudão, Tailândia, Taiwan, Trindade e Tobago, Uganda, Vietnam, e Zimbábue. Em relação ao suicídio assistido tem-se que a prática é permitida em alguns estados dos Estados Unidos da América, na Suíça, Holanda e Bélgica, havendo disposições específicas e peculiares em cada localidade.

<sup>34</sup> PIRES, Cátia Isabel; SIMÕES, José Augusto; TAVARES, Ana Rita. Autonomia do Idoso. Perspectiva médica, ética e legal. Revista Portuguesa de Bioética, Outubro 2011, p. 335-339.

mas também não mais se permite a imposição de uma heteronomia, na qual se impõe a cada ser um agir de forma obediente, despido de reflexão crítica.

### 3. Morte Digna como um direito individual

O direito à vida é consagrado como direito fundamental do ser humano e há autores que afirmam que, dentre todos os direitos, este revela-se como o mais importante, na medida em que todos os demais derivam dele<sup>(35)</sup>. Todavia, como a dignidade da pessoa humana é fundamento da Constituição brasileira, deve-se entender que o direito à vida é, em verdade, um direito à uma vida digna e, portanto, conformado com o conceito subjetivo de dignidade. Assim, sendo a morte parte inexorável da vida, as pessoas devem ter o direito de morrer com dignidade.

Permitir que a pessoa determine o fim da sua personalidade é fazer com que ela realize, no momento da sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida. O Indivíduo humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa (...). Todo homem na qualidade de ser livre pode assumir a morte como forma de vivificar a sua dignidade.

Há um consenso internacional amplo no que diz respeito à licitude da suspensão de procedimentos fúteis e obstinados para pacientes com doenças terminais, no contexto dos Cuidados Paliativos como alternativa à prática da obstinação terapêutica, mais conhecida no Brasil como distanásia.

Nessa perspectiva, tem-se que os Cuidados Paliativos se constituem como:

(...) uma abordagem de melhora a qualidade de vida dos pacientes (adultos ou crianças) e de seus familiares que enfrentam problemas associados a doenças que ameaçam a vida.

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 61.

Previne e alivia sofrimento por meio da investigação precoce, avaliação precoce, avaliação correta e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais ou espirituais.<sup>(36)</sup>

Todavia, apesar de visar a potencialidade da qualidade do atendimento médico, é comum que os Cuidados Paliativos sejam empregados tardiamente, já no curso avançado da doença, principalmente quando se trata de pacientes já internados em unidades hospitalares. Em virtude disso, esses cuidados se tornam, em parte das vezes, ineficazes para elevar a qualidade dos tratamentos prestados<sup>(37)</sup>.

Acrescenta-se, porém, que o fornecimento integral e adequado de Cuidados Paliativos não deslegitima outras escolhas de fim de vida, como a eutanásia e o suicídio assistido. Afirmar que os Cuidados Paliativos são incompatíveis com tais práticas e que se tratam da única escolha legítima traz um caráter autoritário à finitude humana e demonstra a tendência de se priorizar a vida biológica sobre a vida biográfica<sup>(38)</sup>.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 35, veda que o médico exceda “no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos” e no parágrafo único do artigo 41, há a seguinte disposição:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os Cuidados Paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou

<sup>36</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Expert Committee on Cancer Pain Relief and Active Supportive Care. 75 p. Cancer pain relief palliative care: Report of a WHO EXPERT Committee. Geneva: World Health Organization. 1990.

<sup>37</sup> TEMEL, JS, et al. Early palliative care for patients with metastasis non-small-cell lung cancer. *N Engl J Med*. [Internet]. 363 (8): 733-42. Disponível: <http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMoa1000678>, acesso 27 jul. 2019.

<sup>38</sup> SANTOS, Laura Ferreira dos. A morte assistida e outras questões de fim-de-vida. Coimbra: Almedina, 2015.

terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade a de seu representante legal.

Paralelamente à noção de ortotanásia como morte no tempo certo, o termo eutanásia, de acordo com sua etimologia, remete à noção de “boa morte” ou “morte sem sofrimento”. Deve ser entendida, portanto, como comportamento médico que antecipa a morte de uma pessoa, por razões humanitárias, mediante vontade presumida ou requerimento exposto, sempre em atenção aos interesses fundamentais daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável ou invalidez irreversível, causando sofrimentos insuportáveis e afetando sua qualidade de vida de acordo com sua própria noção de dignidade.<sup>(39)</sup>

Distintamente da eutanásia, o suicídio assistido se trata de conduta em que a morte é provocada pelo próprio enfermo, cabendo a um terceiro ajudá-lo materialmente. Este detalhe justifica a sua admissibilidade moral em alguns ordenamentos jurídicos como na Suíça e em alguns estados norte-americanos, por ser visto como manifestação livre da autonomia.<sup>(40)</sup> Isso não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que o auxílio ao suicídio, a indução e a instigação são tipificados como delitos contra a vida.

Albert Calsamiglia<sup>(41)</sup> elucida que a decisão de como morrer não deveria interessar ao Estado e a sua intervenção nesse assunto demonstra um pa-

ternalismo injustificado. Nesse sentido, de acordo com o princípio bioético da beneficência, é preciso considerar a vontade do próprio titular do direito à vida e não a vontade do Estado ou do profissional de saúde.

Para muitos enfermos terminais, o dano é continuar sofrendo. Para outros, o dano é sobreviver como um vegetal e eles querem decidir por si mesmos qual indignidade estão dispostos a suportar. Aqueles que exigem o respeito à vida e tratam de impor coativamente o castigo à eutanásia podem ser acusados de cruéis. Não resulta tão evidente que nestes casos a morte seja pior que a crueldade de obrigar a viver ou com dor ou com indignidade. Por que não deixar a escolha de continuar vivendo ou morrer nas mãos do destinatário.<sup>(42)</sup>

Assim, como já visto, o conceito de morte com dignidade está intrinsecamente relacionado à preservação da autonomia do paciente, garantindo que a manifestação de sua vontade seja resultado de sua liberdade decisória<sup>(43)</sup>. É preciso admitir o direito individual de conduzir sua vida e decidir sobre sua morte em conformidade com seus próprios valores, competindo ao Estado e à sociedade respeitar como legítimas tais escolhas, contanto que não causem danos a outros indivíduos, em uma perspectiva própria do Estado Democrático de Direito, um estado plural e laico, no qual devem coexistir possibilidade variados projetos de vida, inclusive autonomia individual para morrer.

Nesse sentido se, para determinado indivíduo autônomo, a morte for considerada como consecratória de sua personalidade, não deverá ser considerada como afronta ao direito à vida, mas sim, como

<sup>39</sup> NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. Homicídio consentido, eutanásia y derecho a morir com dignidade: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

<sup>40</sup> VILLA-BÓAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017.

<sup>41</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la eutanasia. In: Revista Doxa. 1993, n. 14. pp. 337-358. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10687>>, Acesso em 15 jun. 2019

<sup>42</sup> CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la eutanasia. In: Revista Doxa. 1993, n. 14. pp. 337-358. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10687>>, acesso em 15 jun. 2019.

<sup>43</sup> DADALTO, Luciana. Morte Digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. In: *Revista Pensar*, 2019, ahead of print. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555>>, acesso em 28 ago. 2019.

a realização de um projeto de vida digna e da própria individualidade do sujeito, justificando assim juridicamente o suicídio racional.

## 5. Considerações finais

O suicídio racional configura um novo desafio para o chamado *direito de morrer* pois derruba a construção que vem sendo feita — e legislada — para a efetivação desse direito: pacientes com doenças terminais já estão fadados à morte em um curto período de tempo, enquanto que pessoas sem patologias terminais não estão — a priori — caminhando inexoravelmente para a morte.

É nesse argumento que toda a construção da defesa do *direito de morrer* para pessoas com doenças terminais perde força, afinal, a inexorabilidade da morte é condicionante do ser humano, estando ou não diagnosticado com uma doença terminal.

O suicídio racional se alicerça na vida como direito, como exercício individual de satisfação do projeto singular de vida boa. Alicerce esse que também é próprio da defesa da eutanásia e do suicídio assistido para pacientes com doenças terminais.

Assim, parece que a defesa do suicídio racional passa pelo entendimento jurídico do que é a vida. Pois se ela for um dever, a proibição dessa prática está justificada. Se ela for um direito, teremos cada vez mais dificuldade em frear esse movimento.

## REFERÊNCIAS

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Lista dos países abolicionistas e retencionistas* (27 de Março de 2014). 2013. Disponível em: <<https://www.amnistia.pt/pena-de-morte-em-2013-um-pequeno-numero-de-paises-responsavel-pelo-aumento-mundial-de-execucoes/>>, acesso em 17 ago. 2019.
- ALASUBRAMANIAM, Meera .Rational Suicide in Elderly Adults: A Clinician's Perspective. In: *J Am Geriatr Soc.*, 2018 May; 66(5):998-1001.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil brasileiro interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.
- CABRERA, Heidy de Avila. FARIA, Alessandra Gomes de. Eutanásia: Direito à morte digna, p. 493. In AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 488-507.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la eutanásia. In: *Revista Doxa*. 1993, n. 14. pp. 337-358. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10687>> Acesso em 15 junho 2019.
- CHEUNG G, DOUWES G, SUNDRAM F. Late-life suicide in terminal cancer: a rational act or under-diagnosed depression? In: *Journal of Pain and Symptom Management*, 2017 Dec;54(6):835-842.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: <[http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) > Acesso em: 15 ag de 2019.
- CUNHA, Jorge Manuel Alves da. *A autonomia e a tomada de decisão no fim da vida*. Universidade do Porto. Porto: 2004.
- DADALTO, Luciana. Morte Digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. In: *Revista Pensar*, 2019, ahead of print. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555>>, acesso em 28 ago. 2019.
- DAOLIO, Edilberto Raimundo. Suicídio: tema de reflexão bioética. In: *Revista Bioética*, v. 20, n. 3, 2012, p. 436-441.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. Salvador. JusPODIVM, 2017.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- KOMRAD, Mark, et. al. Assessing Competency for Physician-Assisted Suicide Is Unethical. In: *J Clin Psychiatry*. 2018;79(6):181r12566.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MELLO, Marcelo Feijó de. O Suicídio e suas relações com a psicopatologia: análise qualitativa de seis casos de suicídio racional. In: *Cad. Saúde Pública*, 2000, Rio de Janeiro, vol.16, n.1, pp.163-170.
- MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In: DADALTO, Luciana (Coord); GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- MINOIS, George. *História do Suicídio: a sociedade ocidental diante da morte voluntária*. São Paulo: editora Unesp, 2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- 20 NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicídio consentido, eutanásia y derecho a morir com dignidade: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017.
- RIBEIRO, Diaulas. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 22 (8):1750, ago.2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTOS, Laura Ferreira dos. *A morte assistida e outras questões de fim-de-vida*. Coimbra: Almedina, 2015.
- SAPON LINE. Philip Nitschke, o primeiro médico a praticar eutanásia. 'As pessoas hoje são pressionadas para viver'. Disponível em: <<https://ionline.sapo.pt/artigo/614585/philip-nitschke-o-primeiro-medico-a-praticar-eutanasia-as-pessoas-hoje-sao-pressionadas-para-viver-?secao=Portugal>>, acesso em 20 ago. 2019.
- SEGRE, Marco. SILVA, Franklin Leopoldo e. SCHRAMM, Fermim R. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. In: *Revista Bioética*, vol.6, n.1, 1996, p.1-9.
- SIQUEIRA-BATISTA, R.;SCHRAMM, F. R. Eutanásia: Pelas Veredas da Morte e da Autonomia. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2004, vol.9, n.1, p.8-11.
- STANCIOLI, Brunello Souza. *A relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SATALKAR, Priya; VAN DER GEEST, Sjaak. Escaping the 'unprepared generation' trap: discussions about euthanasia after a 'completed life' in the Netherlands. In: *Mortality*. 2019, p. 1-15.
- SCAVACINI, Karen. *O suicídio é um problema de todos: a consciência, a competência e o diálogo na prevenção e posvenção do suicídio*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo: Instituto de Psicologia, 2018.
- PIRES, Cátia Isabel; SIMÕES, José Augusto; TAVARES, Ana Rita. Autonomia do Idoso. Perspectiva médica, ética e legal. In: *Revista Portuguesa de Bioética*, Outubro 2011, p. 329-352.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Análise do ordenamento jurídico. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 363-385.
- TEMEL; JS, et al. Early palliative care for patients with metastasis non-small-cell lung cancer. In: *N Engl J Med*. [Internet]. 363 (8): 733-42. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMoa1000678>>, acesso 27 jul. 2019.
- VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: DADALTO, Luciana; GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão (Coord.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 101-129.
- VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. São Paulo: Editora Forense, 2015.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Expert Committee on Cancer Pain Relief and Active Supportive Care. 75 p. Cancer pain relief palliative care: Report of a WHO EXPERT Committee. Geneva: World Health Organization, 1990.

# RESPONSABILIDADE POR MEDICAMENTO DEFEITUOSO — O CASO DA ONCOLOGIA<sup>(1)</sup>

Mickael Martins

**Sumário:** *INTRODUÇÃO; 1. Dos ensaios clínicos. Regime especial de responsabilidade civil; 2. Da atividade de farmacovigilância; 3. Utilização off-label de medicamentos; 4. Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos; CONCLUSÃO.*

**Resumo:** *os medicamentos, pela ‘convivência’ constante com o corpo humano, são sujeitos a uma apertada regulamentação legislativa, antes e depois do momento da sua entrada em circulação no mercado: antes, pela obrigatoriedade de sujeição a ensaios clínicos e pré-clínicos, em ordem à avaliação da relação benefício-risco do medicamento, dos seus efeitos farmacológicos e farmacodinâmicos, com vista à obtenção de uma autorização de introdução no mercado; depois, porque as limitações inerentes àqueles impõem a sua constante monitorização, quer pelas autoridades nacionais, quer pelos próprios titulares daquelas autorizações, como resquício dos vários desastres ocorridos, como veremos.*

*Não obstante, pode muito bem sobrevir uma reação adversa e não intencional a um concreto medicamento, a exigir a eventual responsabilização do laboratório produtor — sujeito, como se antevê, ao regime da responsabilidade por produtos defeituosos, o qual será também objeto de análise.*

**Palavras-Chave:** *medicamentos; ensaios clínicos; responsabilidade objetiva; farmacovigilância; INFARMED; notificação espontânea; off-label; produto; defeito; responsabilidade do produtor; riscos de desenvolvimento; talidomida; dietilestilbestrol.*

**Abstract:** *medicinal products, due to the constant ‘coexistence’ with the human body, are subject to a tight legislative regulation, before and after the moment of its entry into circulation on the market: first, the obligation to submit to clinical and pre-clinical trials, in order to assess the benefit-risk balance of the medicinal product, its pharmacological and pharmacodynamic effects, with a view to obtaining a marketing authorization; then, because the limitations inherent to those impose their constant monitoring, both by the national authorities and by the holders of those authorizations, as a remnant of various disasters that have occurred, as we will see.*

*However, an harmful and unintended reaction to a particular medicinal product may well arise, requiring the potential liability of its manufacturer - subject, as anticipated, to the liability regime for defective products, which will also be object of analysis.*

**Keywords:** *drugs; clinical trials; strict liability; pharmacovigilance; INFARMED; spontaneous reporting system; off-label; product; defect; producer liability; development risks; causal link; thalidomide; diethylstilbestrol.*

## INTRODUÇÃO

Caso *STALINON*. Medicamento<sup>(2)</sup> colocado no mercado em 1953, em França, indicado para o tra-

<sup>1</sup> O texto que aqui se apresenta corresponde a alguns excertos da dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, intitulada “*Da Responsabilidade Civil — a especificidade do medicamento enquanto produto*”.

<sup>2</sup> Nos termos da alínea hh) do n.º 1 do artigo 3.º do *Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano* (Estatuto do Medicamento), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, alterado mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 26/2018, de 24 de Abril, e que estabelece o regime jurídico a que obedece a autorização de introdução no mercado e suas alterações, o fabrico, a importação, a exportação, a comercialização, a rotulagem e informação, a publicidade, a farmacovigilância e a utilização dos medicamentos para uso humano e respetiva

tamento da *furunculose* e certas doenças de pele, responsável pela morte de 102 pessoas em virtude da neurotoxicidade do produto.

Caso *TALIDOMIDA*. Também conhecido como caso *CONTERGAN*, este fármaco começou a ser comercializado na Europa a partir de 1956, inicialmente como sedativo, anti-inflamatório e hipnótico e, posteriormente, iniciou-se a sua utilização durante o período de gravidez como forma de controlar as náuseas sentidas pelas gestantes. Nesta senda, só na Alemanha, país onde foi fabricado, mais de quatro mil bebés nasceram com malformações físicas ou ausência total de membros.

Caso *DIETILESTILBESTROL* (DES). Medicamento colocado no mercado dos Estados- Unidos da América (EUA) na década de 40 do século passado — e também comercializado na Europa —, o qual passou a ser utilizado sobretudo a partir de 1948 com o objetivo de prevenir o aborto espontâneo. Só em 1971, com a publicação de um estudo de caso-controlo elaborado por HERBST, é que se estabeleceu a relação causal entre a toma do fármaco e os seus efeitos nocivos, concretamente, o desenvolvimento de adenocarcinoma vaginal nas filhas das mulheres que tomaram este medicamento, expostas ao mesmo *in utero*.

Caso *MEDIATOR*. Em causa está um medicamento indicado para o tratamento da *diabetes*, mas igualmente utilizado no controlo de apetite, ao qual se associou o surgimento de patologias cardíacas, afetando as válvulas e impedindo o seu correto funcionamento, sendo que este fármaco foi res-

ponsável pela morte de 500 pessoas em França<sup>(3)</sup> e cerca de 3500 pessoas foram hospitalizadas por complicações relacionadas com o mesmo.

A segurança dos medicamentos não é absoluta — nem se exige que assim o seja. Determinante é que aqueles, a fim de serem comercializados pelos laboratórios farmacêuticos, apresentem uma *relação benefício-risco* positiva/favorável, isto é, que os benefícios advenientes do consumo de um medicamento superem os potenciais riscos que o mesmo possa desencadear<sup>(4)</sup>. A fim de aferir da *qualidade, segurança e eficácia* terapêutica de um determinado medicamento, o mesmo é submetido a ensaios pré-clínicos — mediante a realização de ensaios de laboratório e em animais — e clínicos<sup>(5)</sup>, destinados à análise do metabolismo do fármaco e a conhecer os efeitos farmacológicos e farmacodinâmicos, nomeadamente, os riscos e efeitos secundários mais relevantes. Com base nos resultados obtidos nesta fase de *experimentação*, o laboratório produtor requer ao INFARMED — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, Instituto Público (I.P.) — a concessão de uma autorização de

<sup>3</sup> A este propósito, veja-se a notícia publicada pelo Jornal PÚBLICO, em 16 de Novembro de 2010, e acessível em <https://www.publico.pt/2010/11/16/sociedade/noticia/medicamento-para-a-diabetes-matou-500-pessoas-em-franca-1466425>. Uma das particularidades deste caso assenta no facto de este medicamento apenas ter sido retirado do mercado francês em 2009 — inicialmente por força da *suspensão* da autorização de introdução no mercado (AIM) e, logo em 2010, através da *revogação* dessa mesma autorização —, quando, pelo menos desde 2005, se dispunha de informações suficientes sobre os riscos associados, tendentes a uma revisão da relação benefício-risco deste medicamento — ano em que países como Espanha e Itália o retiraram do mercado (nos EUA, este medicamento encontrava-se já proibido desde 1997).

<sup>4</sup> Esta relação é conformadora de todo o ‘*círculo do medicamento*’. Com efeito, da avaliação *prévia* desta relação depende a realização de um ensaio clínico, desta relação depende a concessão de AIM e a sua consequente renovação e/ou suspensão ou revogação, quando essa avaliação se venha a revelar desfavorável.

<sup>5</sup> A investigação clínica é regulada entre nós, atualmente, pela Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, alterada mais recentemente pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

inspeção (artigo 1.º), considera-se medicamento “*toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma ação farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas*”. Por uma questão de homogeneidade do presente texto, teremos sempre por base esta noção quando nos referirmos ao conceito de *medicamento*.

introdução no mercado (AIM), de que depende, *salvo disposição em contrário*, a comercialização de medicamentos no território nacional<sup>(6)</sup>.

Não obstante, os casos com que iniciamos o presente texto são a evidência fáctica de que a *avaliação e monitorização* da qualidade, segurança e eficácia terapêuticas não se podem limitar aos ensaios clínicos prévios à concessão de uma AIM e, portanto, prévias à comercialização dos medicamentos. Por um lado, porque — sobretudo por força do desastre da *talidomida* — são hoje evidentes as demais limitações próprias de um ensaio clínico, a exigirem a instituição de sistemas de farmacovigilância, com vista à vigilância constante dos medicamentos, que tiveram como *projeto-piloto de monitorização internacional* o *Programa Internacional de Monitorização de Reações Adversas*, coordenado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1968. Por outro lado, porque, já depois de introduzido no mercado, pode muito bem suceder que o fármaco revele determinados riscos de reações adversas que não foram possíveis detetar aquando da sua introdução no mercado, atento o estado dos conhecimentos científicos e técnicos — falamos dos denominados *riscos de desenvolvimento* —, também eles a exigirem uma resposta célere daqueles Sistemas e a evidenciar a necessidade de monitorização constante dos medicamentos e a imporem, v.g., sobre o laboratório produtor, após a concessão de autorização, o dever de adoção e de manutenção de um sistema de farmacovigilância, dispondo, nomeadamente, de modo

permanente e contínuo, de uma pessoa responsável pela farmacovigilância<sup>(7)</sup> - para além da elaboração de *relatórios periódicos de segurança* e da realização de *estudos de segurança pós-autorização*.<sup>(8)</sup>

Ao INFARMED, enquanto entidade responsável pelo acompanhamento, coordenação e aplicação do Sistema Nacional de Farmacovigilância<sup>(9)</sup>, incumbe a adoção de todas as medidas necessárias para a notificação de reações adversas por parte de todos aqueles que integram a estrutura daquele sistema, v.g., pela *promoção de formação na área da farmacovigilância*<sup>(10)</sup>. Ainda que existam várias metodologias, a principal — e que constitui o método mais relevante de monitorização de reações adversas — ocorre por via da notificação espontânea. Sucede que, embora esta tendência se tenha vindo a alterar paulatinamente, é transversal aos vários sistemas nacionais o *baixo número* de notificações espontâneas, por múltiplos fatores, estimando-se que apenas uma percentagem reduzidíssima da suspeita de reações adversas seja efetivamente comunicada às entidades responsáveis em cada país. E isto, *se assim é em geral*, ainda mais premente se revela no domínio da oncologia, pois que são conhecidos os ‘*intensos*’ efeitos secundários inerentes aos fármacos destinados ao tratamento de patologias oncológicas, levando a que, não raras vezes, sobrevenha o receio em notificar uma suspeita de reação adversa, por se revelar difícil de dilucidar esta última — eventualmente geradora de uma *revisão* da relação benefício-risco de um medicamento — daqueles outros que foram detetados anteriormente.

<sup>6</sup> Artigo 14.º do Estatuto do Medicamento. A título de curiosidade, já em 1938, era publicado, nos EUA, o *Federal Food, Drug and Cosmetics Act*, que instituiu a obrigatoriedade de submissão de um relatório sobre a segurança de novos medicamentos que pretendessem ser comercializados naquele país.

No mesmo sentido, dispõe nomeadamente o artigo 25.º do Estatuto do Medicamento que o requerimento de AIM é indeferido, v.g., [quando] “*a relação benefício-risco é considerada desfavorável, nas condições de utilização propostas;*” (alínea f) do mencionado preceito).

<sup>7</sup> Artigo 170.º, n.º 1 do Estatuto do Medicamento.

<sup>8</sup> Além disso, já no requerimento do pedido de autorização de introdução no mercado deve constar, nos termos da alínea l) do n.º 2 do artigo 15.º (“*requerimento*”), um “*plano de gestão do risco que descreva o sistema de gestão do risco a aplicar pelo requerente e inclua um resumo do mesmo plano*”.

<sup>9</sup> Artigo 166.º, n.º 2 do Estatuto.

<sup>10</sup> Alínea i) do n.º 2 do Anexo II do Estatuto.

Mesmo com todos estes progressos em ordem à salvaguarda da *saúde pública*<sup>(11)</sup> e, em particular, daqueles que tomam determinado fármaco, pode muito bem suceder que este não apresente a *segurança com que legitimamente se pode contar*. Quer isto dizer que pode advir a uma pessoa uma *reação nociva e não intencional*<sup>(12)</sup> a um medicamento e cuja *natureza, gravidade, intensidade ou consequências* sejam incompatíveis com os dados constantes do resumo das características do medicamento (RCM) — são estas reações adversas *graves e inesperadas* que poderão desencadear a eventual responsabilização do laboratório produtor, porquanto, por um lado, as reações adversas que tenham sido detetadas no âmbito dos ensaios pré-clínicos e clínicos — tradicionalmente designadas de *efeitos secundários* — integram o RCM<sup>(13)</sup> e, portanto, derivam da conclusão de que os benefícios concedidos pelo medicamento em questão superam os potenciais riscos associados ao mesmo, sem que se possa falar de *defeito* do medicamento e, por outro lado, porque aquelas reações adversas graves e inesperadas, porque não previstas, não foram consideradas na avaliação da relação benefício-risco do medicamento, podendo chegar-se à conclusão que a mesma é *desfavorável* e, em consequência, ser tal circunstancialismo subsumível no regime da *responsabilidade decorrente de produtos defeituosos*.

Este regime — que não prejudica, nem afasta, o eventual recurso às regras gerais da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, surgindo como um *acréscimo* de proteção da pessoa lesada — encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de Novembro, atualmente com a redação

dada pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril, que procedeu à transposição, para o ordenamento jurídico português, da Diretiva n.º 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, e consagra a responsabilidade objetiva do produtor pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação (artigo 1.º).

Ensaaios clínicos de medicamentos, atividade de farmacovigilância, responsabilidade do laboratório produtor. Tudo tópicos sobre os quais nos iremos debruçar, sem olvidar ainda a referência à utilização *off-label* de medicamentos, utilização esta última que prolifera no âmbito da medicina pediátrica, geriátrica e oncológica.

## 1. Dos ensaios clínicos. Regime especial de responsabilidade civil

Necessária e exigível — mas *insuficiente*, dadas as inerentes restrições — é a sujeição do medicamento à *experimentação*, previamente à concessão de autorização de introdução no mercado<sup>(14)</sup>. Porque anteriores a esta autorização e, conseqüentemente, à comercialização do medicamento, os ensaios clínicos regem-se por legislação especial<sup>(15)</sup>.

Em consonância com o artigo 111.º do Estatuto do Medicamento, segundo o qual os ensaios clínicos e a *utilização de medicamentos em ensaios clínicos em seres humanos* se regem por legislação especial, vigora no nosso ordenamento jurídico a Lei n.º

<sup>11</sup> Artigo 4.º do Estatuto.

<sup>12</sup> Artigo 3.º, n.º 1, alínea iii) do Estatuto.

<sup>13</sup> Também este aprovado pelo INFARMED, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 do Estatuto.

<sup>14</sup> Aliás, como decorre do artigo 15.º, n.º 1, alínea j) do Estatuto do Medicamento, do requerimento para concessão de autorização de introdução no mercado deve constar o “*resultado dos ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos*”.

<sup>15</sup> Neste sentido, o artigo 111.º do Estatuto do Medicamento.

21/2014, de 16 de Abril<sup>(16)</sup>, que regula a investigação clínica, abrangendo, designadamente, o regime da realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano e o regime da investigação clínica de dispositivos médicos.

Como resquício das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial — em particular, as experimentações científicas e as práticas eugénicas, que deixaram um profundo trauma na ética médica —, e na senda dos múltiplos diplomas nacionais e internacionais<sup>(17)</sup>, o diploma em questão consagra o *princípio do primado da pessoa humana* (artigo 3.º), segundo o qual os ensaios clínicos são realizados no estrito respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, que os direitos dos participantes em tais ensaios prevalecem sempre sobre os interesses da ciência e da sociedade. Ademais, a realização de ensaios clínicos depende, nos termos do artigo 5.º da referida lei, da *avaliação prévia da relação benefício-risco*, isto é, deve concluir-se que os potenciais benefícios superam os riscos e inconvenientes previsíveis.

No que concerne à responsabilidade civil decorrente de uma reação adversa ao medicamento no decorrer do ensaio clínico, haverá que considerar o artigo 15.º da Lei n.º 21/2014. Assim, promotor e investigador respondem, *de forma solidária e inde-*

*pendentemente de culpa*, pelos danos<sup>(18)</sup> que o ensaio cause ao participante (n.º 1) — impondo-se, para tanto, a obrigatoriedade de contratação de um seguro destinado à cobertura de tais danos, a cargo do promotor (n.º 2 do artigo 15.º)<sup>(19)</sup>. Ademais, o n.º 3 do artigo 15.º consagra uma presunção *iuris tantum* de causalidade, ao estabelecer que se presumem causados pelo ensaio clínico os danos que ocorram “durante a realização do estudo clínico e no ano seguinte à sua conclusão” (n.º 3)<sup>(20)</sup>. Por último, ressalva o n.º 4 que o parecer da Comissão de Ética Competente (CEC) ou a autorização concedida pelo INFARMED, nos casos aplicáveis, *não constituem* fundamento de exclusão ou limitação da responsabilidade e, ainda, que o disposto na Lei n.º 21/2014 não eximem o promotor, o investigador, os membros da respetiva equipa de investigação ou o centro de estudo clínico da responsabilidade disciplinar, civil, contraordenacional ou penal estabelecida na lei (n.º 5).<sup>(21)</sup>

25

<sup>18</sup> Sendo ressarcíveis tanto os danos patrimoniais, como os danos não patrimoniais.

<sup>19</sup> Salvo se a contratação de tal seguro for dispensada nos termos da Lei n.º 21/2014 (n.º 2, *in fine*).

<sup>20</sup> A realização de um ensaio clínico é *obrigatoriamente* precedida de um parecer favorável da Comissão de Ética Competente (CEC), nos termos do artigo 16.º, n.º 1 da Lei 21/2014. No n.º 6 do mesmo artigo alude-se aos tópicos sobre os quais o parecer da CEC deve *obrigatoriamente* pronunciar-se, v.g., “(...) o prazo de presunção se superior ao previsto no n.º 3 do artigo 15.º” (alínea i) — com efeito, decorre desta alínea, a possibilidade de previsão de um prazo de presunção superior ao estabelecido no n.º 3 do artigo 15.º.

<sup>21</sup> Muito embora vigore entre nós a Lei n.º 21/2014, importa notar que está em vigor — *mas ainda não eficaz*, por ausência de um Portal Europeu dos Ensaios Clínicos — o Regulamento (UE) n.º 536/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE, afastando, em conformidade, a aplicação da lei portuguesa, mas tão-somente no domínio dos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano — neste sentido, salienta o considerando 78.º do preâmbulo do Regulamento que, atendendo às *vastas funcionalidades informáticas* exigidas para o procedimento de autorização de um ensaio clínico, “deverá estabelecer-se que o presente Regulamento apenas se tornará aplicável quando for possível confirmar a total operacionalidade do portal da UE e da base de dados da UE”.

<sup>16</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto. Este diploma revogou a Lei n.º 46/2004, de 24 de Agosto, que estabelecia o regime jurídico aplicável à realização de ensaios clínicos com medicamentos de uso humano.

<sup>17</sup> Particularmente importante no âmbito do direito biomédico é a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH/Bio)*, aberta à assinatura a 04 de Abril de 1997, e ratificada por Portugal em 2001 — Decreto do Presidente da República n.º 01/2001, publicado em Diário da República, n.º 2, 1.ª Série A, de 03 de Janeiro e Resolução da Assembleia da República n.º 01/2001, publicada em Diário da República, n.º 2, 1.ª Série A, de 03 de Janeiro.

## 2. Da atividade de Farmacovigilância

As reações adversas a medicamentos (RAM) constituem um *grave problema de saúde pública*, estimando-se que afetem 7% da população geral e 20% dos doentes hospitalizados<sup>(22)</sup>. As dificuldades neste domínio são múltiplas, e até *antagónicas*: por um lado, a rápida proliferação do fármaco aquando da sua colocação no mercado despoleta o (eventual) surgimento de *danos em massa* — a exigir, por seu turno, uma rápida atuação do laboratório farmacêutico titular da autorização de introdução no mercado e do INFARMED —, mas, simultaneamente, há que reconhecer a dificuldade em determinar se uma reação constitui ou não uma reação adversa — que não um mero *episódio único* —, sob pena de impedir futuras opções terapêuticas<sup>(23)</sup>.

Além disso, se às restrições inerentes aos ensaios clínicos<sup>(24)</sup> — quais sejam, v.g., a de a população em estudo ser necessariamente restrita, não tomando em linha de conta, as mais das vezes, os

grupos populacionais mais “*sensíveis*”<sup>(25)</sup>, e a curta duração dos mesmos, que impossibilitam a deteção das reações ditas *latentes* —, juntarmos a evidência de que as informações sobre os *riscos do medicamento* são maioritariamente obtidas a partir de dados *pós-comercialização* do fármaco, mormente através do método de notificação espontânea, facilmente vislumbramos a importância da implementação de um Sistema de Farmacovigilância, possibilitador da retirada de medicamentos do mercado e da geração de alertas de segurança.

O *rastilho* desencadeador de tal atividade de vigilância foi o bem conhecido *desastre da Talidomida*<sup>(26)</sup>, na década de sessenta do século passado, hipnótico então ministrado a mulheres grávidas para atenuar os enjoos matinais e que, por inexistência de sistemas de monitorização, levou a que decorressem quatro anos, entre 1957 e 1961, até à deteção da *teratogenicidade*<sup>(27)</sup> em tal substância, levando a que hoje em dia se estabeleça que tal substância deve ser evitada durante a gravidez. A realidade acabada de descrever levou à necessidade premente de criar mecanismos de *vigilância constante* dos

<sup>22</sup> Além de afetarem 20% dos pacientes, as reações adversas a medicamentos são muitas vezes fator de *aumento do período de hospitalização*, traduzindo-se, consequentemente, num aumento dos custos de prestação de cuidados de saúde — HERDEIRO, Maria Teresa, FERREIRA, Mónica, RIBEIRO-VAZ, Inês, JUNQUEIRA POLÓNIA, Jorge, COSTA-PEREIRA, Altamiro, “*O Sistema Português de Farmacovigilância*”, Ata Médica Portuguesa, Julho-Agosto, 2012, pp. 241-249. Segundo a mesma publicação, num estudo realizado nos Estados Unidos da América, estimou-se que as reações adversas a medicamentos estão *entre a quarta e sexta* causa de morte. Do mesmo modo, na Suécia, verificou-se que entre 1995 e 2004, 3% das suspeitas de reações adversas notificadas eram *fatais*.

<sup>23</sup> Neste sentido, veja-se a chamada de atenção em MARTINS, Pedro, BELO, Joana, MARQUES, João, PAPOILA, Ana Luísa, CAIRES, Iolanda, ARAÚJO-MARTINS, José, PEDRO, Catarina, ROSADO-PINTO, José, VIRELLA, Daniel, LEIRIA-PINTO, Paula, NEUPARTH, Nuno, “*Alergia a Medicamentos Reportada em Crianças que Frequentam Infantilários*”, Ata Médica Portuguesa, 2014, pp. 444-449. Além disso, o mesmo artigo alerta para o facto de existirem poucos estudos publicados em relação às crianças.

<sup>24</sup> A este propósito, SILVEIRA, Diana Montenegro, “*Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*”, Coimbra Editora, 2010, pp. 46-48 e HERDEIRO, Maria Teresa, *et. al.*, “*O Sistema Português...*”, *ob. cit.*, pp. 242-243.

<sup>25</sup> Pensemos, por exemplo, nos idosos e na proteção concedida aos maiores incapazes de prestar o seu consentimento e aos menores, ao abrigo da Lei n.º 21/2014 e, em consonância com tal ordem de ideias, a recente proteção concedida às grávidas lactantes com a entrada em vigor do Regulamento Europeu n.º 536/2014, de 16 de Abril — os quais poderão vir a consumir o fármaco aqui em experimentação aquando da sua entrada em circulação no mercado.

<sup>26</sup> Também conhecido como *Contergan*. Segundo uma notícia da Revista VISÃO, de 07.08.2018, e consultada em <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2018-08-07-Descoberta-razao-pela-qual-Talidomida-deu-origem-a-milhares-de-malformacoes>, a 20.01.2019, investigadores do Instituto norte-americano *Dana Farber* descobriram que a Talidomida interfere com as proteínas que “*controlam a expressão de alguns genes, como o S. ALLA, determinante no desenvolvimento dos membros durante a gravidez*”.

<sup>27</sup> Um agente teratogénico, se presente durante a vida embrionária ou fetal — como foi o caso — conduz a uma alteração do desenvolvimento e crescimento do embrião e/ou do feto. Nomeadamente, origina casos de *focomelia*, uma malformação congénita que se caracteriza pelo encurtamento dos membros do feto, impedindo o normal desenvolvimento dos seus braços e pernas.

medicamentos, sobretudo após a sua entrada em circulação no mercado<sup>(28)</sup>.

Em 1992, através do despacho normativo n.º 107/92, de 27 de Junho, instituiu-se a criação do Sistema Nacional de Farmacovigilância (SNF), bem como do Centro Nacional de Farmacovigilância (CNF). Pelo reduzido número de notificações espontâneas<sup>(29)</sup> — que, como veremos, constitui o principal método de monitorização de reações adversas a medicamentos — rapidamente se compreendeu que tal Sistema deveria ser *descentralizado*, em ordem à aproximação dos profissionais de saúde e, concomitantemente, envolvendo as universidades, “*difundindo o sistema e incrementando a notificação*”<sup>(30)</sup> — presentemente, em ordem ao reforço da notificação de casos e à sua consequente avaliação, o Sistema conta com sete unidades regionais. Nos termos do número 2 do artigo 166.º do Estatuto do Medicamento, o INFARMED é a

entidade responsável pelo *acompanhamento, coordenação e aplicação do Sistema*, sendo que a estrutura do mesmo consta, de acordo com o número 3 do mesmo dispositivo, do anexo II ao Decreto-Lei, dele fazendo parte integrante<sup>(31)</sup>.

Sobre os titulares de autorização de introdução no mercado impende o dever de adotar e manter em funcionamento um sistema de farmacovigilância, nos termos do número 1 do artigo 170.º, devendo, para tanto, “*dispor, de modo permanente e contínuo, de uma pessoa responsável pela farmacovigilância possuidora das qualificações adequadas*”, “*aplicar um sistema de gestão do risco para cada medicamento*” e ainda, nomeadamente, manter tal sistema atualizado e monitorizar os dados de farmacovigilância “*para determinar se existem novos riscos ou se os riscos se alteraram, ou se existem alterações na relação benefício-risco dos medicamentos*” (alíneas a), c) e e) do n.º 4 do artigo 170.º do Estatuto)<sup>(32)</sup>. Além disso, o titular da autorização apresenta à Agência, por meios eletrónicos, *relatórios periódicos de segurança*, que visam a determinação, por um lado, da existência de *novos riscos* ou de uma *alteração* desses mesmos riscos e, por outro, averiguar se existem alterações na *relação benefício-risco dos medicamentos*, nos termos do artigo 173.º-B do Estatuto do Medicamento. Na sequência desta avaliação, estabelece o artigo 173.º-D, que o INFARMED deve ponderar a ne-

27

<sup>28</sup> A anteceder a criação dos vários sistemas nacionais de farmacovigilância — e, ao nível da União Europeia, da Agência Europeia do Medicamento (EMA) — é de referir o desenvolvimento do *projeto-piloto de monitorização internacional*, em 1968, coordenado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), onde se implementou o denominado *Programa Internacional de Monitorização de Reações Adversas*. Tal Programa é, desde 1978, coordenado pelo *Uppsala Monitoring Centre (UMC)*, com sede em Uppsala, na Suécia, onde são “*recolhidas, processadas e armazenadas as notificações espontâneas de todos os Estados-membros e é também a partir daqui que são emitidos alertas às autoridades reguladoras de cada país membro, relacionados com os potenciais problemas de segurança dos medicamentos*” — HERDEIRO, Maria Teresa *et. al.*, “*O Sistema Português...*”, *ob. cit.*, p. 243.

<sup>29</sup> Até ao ano de 1997, o número de notificações foi sempre inferior a 300 — neste sentido, ROMÃO, Nuno Jorge Mangorrinha Henriques Amorim, “*Farmacovigilância — Qual a perceção da Indústria Farmacéutica em relação à Farmacovigilância?*”, 2016, p. 23, acessível em [www.ordemfarmaceuticos.pt](http://www.ordemfarmaceuticos.pt).

<sup>30</sup> *O Sistema Português...*, *ob. cit.*, p. 243. No mesmo sentido, estabelecem BATEL-MARQUES, Francisco, MENDES, Diogo, ALVES, Carlos, PENEDONES, Ana, DIAS, Patrícia, MARTINS, Angelina, SANTIAGO, Luíza Miguel, FONTES-RIBEIRO, Carlos, CARAMONA, Margarida, MACÉDO, Tice, “*Farmacovigilância em Portugal: Atividade da Unidade Regional do Centro*”, *Ata Médica Portuguesa*, Março-Abril, 2015, pp. 222-232, p. 223, que “*a implementação das URF permitiu maior interação com os notificadores e uma maior divulgação do Sistema Nacional de Farmacovigilância, o que contribuiu para um aumento gradual do número de notificações de suspeitas de reações adversas ao longo dos anos*” (sublinhado nosso).

<sup>31</sup> Nos termos do mencionado Anexo II, a estrutura do Sistema integra: (i) o serviço responsável pelas atividades de Farmacovigilância do INFARMED, (ii) as unidades de Farmacovigilância, (iii) os profissionais de saúde, (iv) os serviços de saúde e (v) os doentes — com efeito, com a transposição da Diretiva 2010/84/UE para o nosso ordenamento jurídico, através do Decreto-Lei n.º 20/2013, de 14 de Fevereiro, que procedeu à sétima alteração ao Estatuto do Medicamento, incluíram-se no Sistema os consumidores e a possibilidade de os mesmos poderem notificar suspeitas de RAM.

<sup>32</sup> Com efeito, no requerimento do pedido de autorização de introdução no mercado deve constar, nos termos da alínea l) do n.º 2 do artigo 15.º (“*requerimento*”), um “*plano de gestão do risco que descreva o sistema de gestão do risco a aplicar pelo requerente e inclua um resumo do mesmo plano*”.

cessidade de adoção de medidas relativas à autorização de introdução no mercado do medicamento em causa e, em conformidade, mantém, altera ou revoga tal autorização.

A *notificação espontânea* de reações adversas é o principal método de monitorização, não só porque constitui um meio idóneo para a deteção *precoce* de reações adversas graves ou inesperadas, mas também porque se trata de um procedimento *simples* e *económico* — sobretudo a partir da *informatização* de tal procedimento —, bem como porque abrange todos os medicamentos na sua fase de comercialização e todos os doentes, com especial atenção nos grupos populacionais não representados nos ensaios clínicos prévios à introdução do fármaco no mercado<sup>(33)</sup>. Todas as notificações de suspeitas de reações adversas são avaliadas, sendo-lhes atribuído um grau de probabilidade, adotando-se, para o efeito, as designações recomendadas pela OMS e pela União Europeia em ordem à *harmonização* da avaliação das notificações espontâneas — definitiva (certa), provável, possível, improvável, condicional/não classificada, não classificável.<sup>(34)</sup>

<sup>33</sup> Para além das razões apontadas, importa ainda considerar que a notificação de reações adversas *não interfere* com a prescrição médica, está as mais das vezes na origem de sinais precoces e, ainda, possibilita a deteção de RAM raras ou muito raras que, dado o número restrito de indivíduos envolvidos na realização de um ensaio clínico, e a sua *especificidade*, não são detetadas no âmbito dos mesmos.

<sup>34</sup> Ainda que se trate de um procedimento atrativo — porque simples e económico — e o mais utilizado pelos profissionais de saúde, a verdade é que o método da notificação espontânea apresenta também ele limitações, sendo a mais relevante a da subnotificação de suspeitas de reações adversas. Atualmente, o número de notificações espontâneas de RAM tem vindo a evoluir favoravelmente, “*aproximando-se bastante do valor de 200 notificações/milhão de habitantes recomendado pela OMS, o que coloca o país numa posição ativa no que respeita a esta matéria*” — “*O Sistema Português...*”, *ob. cit.*, p. 245. Em França, o Centro de Farmacovigilância da Universidade de Toulouse desenvolveu uma aplicação *gratuita* para *smartphones*, a *VigiBIP* — disponível para Android e IOS —, que constitui uma *ferramenta adicional* para a atividade de farmacovigilância e consequente monitorização de reações adversas e que tem apresentado resultados francamente positivos, sobretudo por ter conduzido a um aumento do número de notificações levadas a cabo por pacientes/

### 3. Utilização *off-label* de medicamentos<sup>(35)</sup>

A prescrição *off-label*<sup>(36)</sup> consiste na prescrição de um determinado medicamento *fora ou para além* do constante na respetiva autorização de introdução no mercado e, consequentemente, do resumo de características do medicamento, seja porque prescrito (i) para uma indicação terapêutica diferente das estabelecidas, (ii) para uma das indicações terapêuticas autorizadas, mas em que se altera a *dosagem*, *posologia* ou *frequência*, ou (iii) prescrito para um grupo de pacientes não especificado na AIM e RCM.

A prescrição *off-label* não é — nem pode sê-lo — ilícita por si só, porquanto existem ‘*grupos*’ de pacientes em que predomina essa mesma utilização — v.g., na medicina pediátrica, geriátrica ou oncológica —, ou no caso das denominadas *doenças órfãs* — patologias raras que afetam um número reduzidíssimo de pessoas —, por inexistência de alternativas terapêuticas especificamente aprovadas. Deve, isso sim, ser admissível dentro de certos e determinados pressupostos, os quais, não sendo rigorosamente cumpridos, podem dar origem à responsabilização do médico prescritor.

consumidores, também eles parte integrante do Sistema de Farmacovigilância, como vimos.

<sup>35</sup> MATOS, Mafalda Francisco, “*Prescrição off-label de medicamentos*”, in *Direito da Saúde, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*, Volume II — Profissionais de Saúde e Pacientes — Responsabilidades, Almedina, 2016, pp. 147-171, RAPOSO, Vera Lúcia, “*Prescrição e Uso off-label de medicamentos e de dispositivos médicos*”, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 11, n.º 21-22, 2014, pp. 35-75 e ALARCAO, Joana, COSTA, João, FARELEIRA, Filipa, BORGES, Margarida e CARNEIRO, António Vaz, “*Prescrição Off-label: Análise Científica tendo como Exemplo a Utilização de Bevacizumab em Oftalmologia*”, *Ata Médica Portuguesa*, Julho-Agosto, 2013, pp. 409-419, entre outros.

<sup>36</sup> A prescrição *off-label* distingue-se da utilização de medicamentos *não autorizados* segundo as regras do *uso compassivo* e da utilização *não licenciada* — sobre estas distinções e para uma correta delimitação daquilo que é a prescrição *off-label*, ver VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, pp. 36-37.

Quais são então os *requisitos/pressupostos* em que deve assentar a prescrição *off-label* de medicamentos, para que esta possa ser considerada lícita e conforme às *leges artis*?

Em primeiro lugar, a decisão de prescrever *off-label* deve advir da consideração por parte do médico do *melhor interesse do paciente*, do melhor para a sua saúde.

Depois, tal decisão deve provir da liberdade terapêutica que é reconhecida aos médicos, e que *legítima* em parte a prescrição *off-label* — não podendo derivar de motivações económicas ou de instruções da entidade onde o profissional de saúde habitualmente labore.

Em terceiro lugar, não exista outro medicamento autorizado com indicação terapêutica para aquela patologia ou, *a existir*, as circunstâncias concretas do caso demonstrem que o medicamento devidamente autorizado não produz resultados em face daquele paciente em concreto.<sup>(37)</sup>

Em quarto lugar, deve o profissional de saúde levar a cabo uma acrescida análise benefício-risco, pois que o facto de o medicamento vir a ser utilizado *off-label* pode comportar riscos que poderiam ser cognoscíveis se devidamente autorizado pela obrigatoria sujeição a ensaios pré-clínicos e clínicos.

Como quinto pressuposto temos que a utilização *off-label* deve ser fundamentada por relevantes dados científicos e/ou advir de uma prática clínica sedimentada.

Como sexto requisito fundamental temos que a prescrição *off-label* carece do consentimento informado do paciente em questão. Naturalmente que

<sup>37</sup> Mesmo quando exista um medicamento devidamente autorizado, nada obsta a que o médico, cumpridos os demais requisitos, opte pela utilização *off-label* — muito embora recaia sobre este um dever acrescido de fundamentação, especialmente onerado, que demonstre o porquê daquela opção terapêutica — neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 61.

no domínio da prescrição *off-label*, atento o seu carácter excepcional e o facto de comportar um risco acrescido para a saúde e segurança dos pacientes, na medida em que há uma certa insuficiência de escrutínio científico quanto à segurança do medicamento, a informação prestada deve ser a *mais completa, rigorosa e pormenorizada possível*.

Como último requisito temos que deve ser levada a cabo uma monitorização e *follow up* do paciente destinatário de utilização *off-label* de um determinado medicamento<sup>(38)</sup>.

#### 4. Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos

Pelo advento da *industrialização* dos processos de produção surgiram novos produtos, aperfeiçoaram-se outros tantos e, sobretudo, tornou-se possível a *produção em série*, abrangendo um cada vez maior número de pessoas, sendo inegável a melhoria qualitativa de vida que a proliferação de determinados produtos trouxe para a coeva sociedade do século XX. Não obstante, verificou-se, simultaneamente, um aumento exponencial dos *acidentes de consumo*, porquanto o fenómeno da produção em massa encontra necessariamente como seu correspondente o consumo de massas, erigindo-se o problema dos danos causados por produtos defeituosos como um problema social a que urgiu dar uma resposta cabal por parte dos vários ordenamentos jurídicos.

Naturalmente que sempre se poderá arguir existirem já, ao tempo de todas estas alterações no âmbito dos processos de produção, mecanismos tendentes à reparação do dano causado por um determinado produto defeituoso, quais sejam o da responsabilidade contratual ou o da responsa-

<sup>38</sup> VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 60.

bilidade extracontratual. Sucede que as profundas modificações operadas evidenciaram a *inadequação do direito tradicional*<sup>(39)</sup> para assegurar uma *idónea proteção da pessoa lesada*: por um lado, o regime constante do Código Civil português, nos seus artigos 913.º e seguintes, não tutela diretamente a relação produtor-consumidor pois que o fenómeno da distribuição em cadeia teve como consequência o afastamento do primeiro em relação ao segundo, levando a que o consumidor não possa fazer valer os seus direitos *diretamente* contra o produtor por esta via, atenta a relatividade dos contratos e a sua eficácia *inter partes*, apenas podendo fazê-lo contra o vendedor do produto em questão e, além disso, esta disciplina legislativa não é aplicável a consumidores não adquirentes, simples utentes ou *bystanders* — todos eles potenciais lesados, sendo que é muito frequente, nomeadamente no que aos medicamentos diz respeito, a pessoa lesada em virtude da toma de um medicamento defeituoso, não corresponder à pessoa que adquiriu o respetivo fármaco, não tutelando eficazmente a sua posição —; por outro lado, no que concerne à responsabilidade civil extracontratual de direito comum, agigantam-se as dificuldades de prova, especialmente no que concerne ao ónus da prova da culpa, atento o disposto nos artigos 483.º e 487.º do Código Civil.

É neste contexto que surge a **Diretiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985**, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, transposta para o nosso ordenamento jurídico através do DL n.º 383/89, de 06

de Novembro, o qual analisaremos já de seguida.<sup>(40)</sup>

Consagra o artigo 1.º deste decreto que “o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação” (sublinhado nosso) — resultando assim inequívoca a responsabilidade objetiva do produtor, cabendo ao lesado a alegação e prova do *defeito do produto*, do *dano* e do *nexo de causalidade* entre defeito e dano.

Para efeitos de responsabilidade objetiva por produtos defeituosos, considera o artigo 2.º do DL n.º 383/89 como sendo produtor “o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo” (n.º 1), e ainda, “a) *aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluquer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição; / b) qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente*”.<sup>(41)</sup>

<sup>40</sup> Apesar do que fica dito *supra* relativamente à inadequação da responsabilidade contratual e às dificuldades em sede de responsabilidade extracontratual, sobretudo ao nível do ónus da prova da culpa, torna-se *mister* salientar que a introdução da Diretiva Europeia nos vários ordenamentos jurídicos nacionais não visou eliminar ou substituir os regimes vigentes, antes assumindo como objetivo *integrar* ou *complementar* a proteção conferida aos consumidores.

<sup>41</sup> Desta definição ampla de produtor para efeitos de aplicação do mencionado DL podemos destrinçar o conceito de *produtor real*, *produtor aparente* ou ainda de *produtor presumido* — neste sentido, vide CALVÃO DA SILVA, ob. cit., pp. 546-570. Esta densificação de conceitos revela-se operante, pois que, não raras vezes, o laboratório produtor do medicamento não coincide com aquele que é detentor da AIM, como esclarece DIANA MONTENEGRO, ob. cit., p. 137. Neste sentido, ao primeiro ser-lhe-ão imputáveis os defeitos de fabrico e, bem assim, o segundo será responsável pelos defeitos de conceção.

No entanto, como bem salienta a autora, o titular da AIM poderá, em concreto, vir a ser considerado o *produtor aparente*, precisamente por induzir a *aparência de produção* pela aposição de sinais distintivos na embalagem do medicamento. Sem prejuízo do que acaba de ser dito,

<sup>39</sup> SILVA, João Calvão da, “Responsabilidade Civil do Produtor”, Coimbra, Almedina, 1999, p. 37.

“Entende-se por produto qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel” — artigo 3.º do DL n.º 383/89. Desta noção não resultam dúvidas de que um medicamento, enquanto coisa móvel, é considerado como um produto para efeitos de aplicação desta legislação, abrangendo, pela sua amplitude, os medicamentos produzidos industrialmente, mas também os medicamentos manipulados.

Se o produtor responde, nos termos do n.º 1 do DL n.º 383/89, independentemente de culpa, pelos danos causados por *defeitos* dos produtos que coloca em circulação, importa dilucidar quando é que se considera um produto defeituoso. Nesse sentido, estabelece o artigo 4.º, n.º 1 que “um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação” (sublinhado nosso). A pedra de toque para a consideração de um produto como defeituoso deixa assim de repousar na *inaptidão* ou *inidoneidade* deste para a realização do fim a que se destina — e que conforma o regime da venda de coisas defeituosas constante do Código Civil — para assentar na *segurança* — *rectius*, na falta dela — do produto em questão, como conceito mais abrangente, desencadeadora da responsabilidade do produtor.

Para tanto, o DL n.º 383/89 consagrou algumas das circunstâncias a que deve atender o julgador, designadamente, a *apresentação do produto* — v.g., pela adequação ou inadequação das infor-

mações que acompanham o produto, bem como o que se refere às instruções de utilização —, a *utilização que dele razoavelmente possa ser feita* — englobando aqui, para além da utilização específica a que o produto se destina, outras utilizações razoavelmente previsíveis que do mesmo possam ser feitas<sup>(42)</sup>, excluindo-se apenas uma utilização abusiva do produto — e o *momento da sua entrada em circulação* — se o produto, nesta data, ponderadas todas as circunstâncias, oferecia a segurança com que legitimamente se pode contar, não poderá ser considerado defeituoso<sup>(43)</sup>.

E aqui, concretamente no que se refere aos medicamentos, será de suma importância atender à relação benefício-risco do medicamento — pensemos no fármaco em que, apesar de acarretar a verificação de determinados *efeitos secundários*, os benefícios advenientes da sua utilização superam em muito o risco criado, revelando-se aquele de extrema importância na prática médica e no combate a determinadas doenças, levando a que se reconheça que tais efeitos devem ser suportados — desde que devidamente comunicados ao paciente — e que estamos em face de um medicamento *não defeituoso*, enquanto este mantiver uma relação benefício-risco positiva, concretamente avaliada<sup>(44)</sup>.

Apesar de a lei da responsabilidade do produ-

também neste domínio, se, na embalagem do medicamento, constar a identificação do produtor do mesmo, deverá ser este o demandado. Por seu turno, se o laboratório produtor do medicamento vier a responder por defeitos de conceção que, em rigor, lhe não são imputáveis, poderá posteriormente intentar uma ação contra o titular da AIM, com base na relação contratual que os une.

<sup>42</sup> É o exemplo clássico, apontado por CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 640, dos brinquedos, lápis ou esferográficas, aceitando-se com naturalidade que os mesmos sejam levados à boca, levando a que, por exemplo, o seu revestimento não deva ser tóxico, sob pena de serem considerados defeituosos.

<sup>43</sup> E aqui deverá atender-se ao n.º 2 do artigo 4.º, que dispõe que “*não se considera defeituoso um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado*”.

<sup>44</sup> Neste sentido, DIANA MONTENEGRO, *ob. cit.*, pp. 145-147. Neste domínio, será também relevante atender à existência, ou não, de uma alternativa que, assegurando o mesmo benefício terapêutico, acarreta riscos secundários *menos graves* para a saúde do paciente do que o concreto medicamento em que se pondera a sua defeituosidade, porque *menos invasivo*, ou menos ‘tóxico’.

tor nada dizer, consagrando tão-somente a noção ampla de *defeito* do produto, a doutrina tem identificado e distinguido vários tipos de defeitos que podem recair sobre o mesmo — falamos dos defeitos de *conceção*, dos defeitos de *fabrico*, dos defeitos de *informação* e dos defeitos de *desenvolvimento*. Vejamos sucintamente cada um deles.

Estaremos perante um *defeito de conceção* quando este se verifica ao nível da *conceção* ou *idealização* do produto — seja, por exemplo, por força de uma fórmula de composição errada ou por lhe ser inerente um efeito secundário perigoso, seja pelo recurso a uma matéria-prima de má qualidade ou ainda pela utilização de técnicas de produção ou controlo de qualidade impróprias<sup>(45)</sup>. No que se refere aos medicamentos, estes apresentarão um defeito de conceção, principalmente, por via da “*eleição de uma concreta composição química*”<sup>(46)</sup>, que se manifestará em todos os medicamentos produzidos com base na mesma fórmula, ou com recurso às mesmas substâncias.

Os defeitos de fabrico surgem já na fase propriamente dita de produção, em execução daquela *idealização*, e derivam de falhas mecânicas e/ou humanas, próprias da estandardização da produção e da sua automatização (v.g., deficiente empacotamento, erro na mistura de componentes, etc.). Contrariamente aos defeitos de conceção, que afetam todos os produtos da série fabricada, os defeitos de fabrico recairão apenas sobre algum ou alguns exemplares de uma série regular — assim, porque os exemplares defeituosos diferem do resultado esperado pelo produtor, a sua deteção torna-se mais fácil, bastando a sua comparação com

outros produtos da mesma série.

Contrariamente aos defeitos de conceção ou aos defeitos de fabrico, os defeitos de informação são *extrínsecos* ao produto propriamente dito, em si mesmo não defeituoso. Não obstante, o produto revela-se inseguro por *falta, insuficiência ou inadequação* das informações, advertências ou instruções sobre a sua utilização — v.g., os *efeitos secundários* de um medicamento, porque conhecidos antes da comercialização do mesmo, devem figurar no folheto informativo que o acompanha<sup>(47)</sup>. Nesta medida, o folheto informativo deverá, entre outros, conter os seguintes elementos, atento o disposto no artigo 106.º, n.º 3 do Estatuto do Medicamento: *nome do medicamento, indicações terapêuticas, contraindicações, precauções de utilização adequadas, instruções de utilização* — incluindo-se aqui, v.g., a posologia, o modo e via de administração, a frequência de administração, a duração do tratamento — e a *descrição das reações adversas* que podem surgir com a utilização normal do medicamento (alíneas a), c), d), e) e g), respetivamente). Note-se que não basta a mera inclusão de todas estas informações — seja no domínio dos medicamentos, seja no domínio dos produtos em geral —, antes se exigindo a sua apresentação de forma *clara, explícita e sucinta*, com vista ao cabal esclarecimento da pessoa a quem se destina o produto/medicamento.

Naturalmente que o laboratório produtor só deverá responder por defeitos de informação quando as advertências ou instruções sobre a sua utilização sejam omissas relativamente a riscos conhecidos ou cognoscíveis de acordo com o estado dos conhecimentos científicos e técnicos aquan-

<sup>45</sup> Porque existentes logo na fase inicial de preparação da produção, estes defeitos acabam por figurar em *todos* os produtos da série fabricada, sendo responsáveis, em consequência, pela materialização de *danos em série*.

<sup>46</sup> DIANA MONTENEGRO, ob. cit., p. 149.

<sup>47</sup> Como resulta da leitura do n.º 1 do artigo 106.º do Estatuto do Medicamento, é obrigatória a inclusão de um folheto informativo na embalagem que contém o medicamento, elaborado de acordo com o resumo de características do medicamento (n.º 3), devidamente aprovado pelo INFARMED, nos termos do artigo 18.º do mesmo diploma.

do da colocação do produto no mercado, não se exigindo que o mesmo deva informar sobre riscos desconhecidos, indetetáveis no momento da sua comercialização.<sup>(48)</sup>

A doutrina tem ainda distinguido um quarto tipo de defeito, o denominado defeito de desenvolvimento. Consubstanciam este tipo de defeito aqueles que são *incognoscíveis* e *indetetáveis* perante o estado da ciência e da técnica no momento da colocação do produto no mercado.

Pressuposto da responsabilidade civil do produtor é a existência de um dano, nos termos do artigo 1.º do DL n.º 383/89. Conjugando este preceito com o artigo 8.º do mesmo diploma, serão ressarcíveis os *danos resultantes de morte ou lesão pessoal* e os *danos em coisa diversa do produto defeituoso*, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.

Naturalmente que, no âmbito da responsabilidade do laboratório produtor por medicamentos defeituosos, assumem maior relevância os danos resultantes de morte ou lesão pessoal. Assim, serão ressarcíveis quer os *danos patrimoniais* — suscetíveis de avaliação pecuniária que resultam da lesão do bem vida ou integridade pessoal, sejam os danos emergentes, v.g., as despesas médicas, de hospitalização, de reabilitação, sejam os lucros cessantes, incluindo-se aqui os salários e/ou benefícios que

deixaram de ser recebidos por força de incapacidade, temporária ou permanente, para o trabalho —, quer os *danos não patrimoniais* que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, sendo que o montante da compensação deverá ser fixado *equitativamente* pelo tribunal, atento o disposto no artigo 496.º do Código Civil.

“Considerando que uma justa repartição dos riscos entre o lesado e o produtor implica que este último se possa eximir da responsabilidade se provar a existência de determinados factos que o isentem”<sup>(49)</sup>, a Diretiva 85/374/CEE consagrou, no seu artigo 7.º, um conjunto de causas de exclusão da responsabilidade, transpostas para o nosso ordenamento jurídico e previstas no artigo 5.º do DL n.º 383/89, consagrando-se uma responsabilidade objetiva *limitada* ao invés de uma responsabilidade absoluta. Consoante o tipo de produto que esteja em causa, é natural que uma ou outra causa de exclusão da responsabilidade assuma maior relevância do que as demais. Concretamente no que se refere ao medicamento-produto e, bem assim, aos laboratórios farmacêuticos enquanto produtores, assumem especial relevância as causas de exclusão da responsabilidade constantes das alíneas a) (não colocação do produto em circulação), b) (inexistência do defeito à data da colocação em circulação) e e) (riscos de desenvolvimento).

O produtor não é responsável se provar “que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito” — alínea e) do artigo 5.º do DL n.º 383/89. Equivale isto a dizer que o produtor não é responsável por *riscos de desenvolvimento*. A primeira grande questão que se coloca é a de saber o que deve entender-se por “estado dos conhecimentos científicos e técnicos”? Tem-se aduzido que

<sup>48</sup> No entanto, não se pense que o dever de informação que impende sobre o produtor cessa a partir do momento da sua colocação no mercado. Com efeito, sobre este impende o *dever de observar e vigiar continuamente os seus produtos*, mesmo após aquele momento — obrigação de vigilância *post-marketing* — tanto mais que esta monitorização poderá permitir a deteção de imperfeições anteriormente não conhecidas, nem cognoscíveis, induzindo-o a tomar todas as precauções, nomeadamente, pela imediata comunicação aos consumidores dos riscos em que incorrem ou até a imediata retirada do produto do mercado, sob pena de vir a ser responsabilizado. No domínio dos medicamentos, este dever de vigilância continua a cargo do produtor é levado a cabo no âmbito da atividade de farmacovigilância.

<sup>49</sup> Considerando sétimo da Diretiva.

o critério previsto na lei é um critério objetivo, isto é, requer-se a impossibilidade *absoluta e objetiva* de detetar a existência do defeito<sup>(50)</sup>, “*crucial e decisivo é a incognoscibilidade do defeito e periculosidade do produto segundo o estado geral da arte, o estado planetário dos conhecimentos científicos e técnicos, no sector*”<sup>(51)</sup>.

Assim compreendido, somos levados à segunda grande questão: considerando os interesses aqui presentes, particularmente quando em causa esteja um medicamento defeituoso, não terá esta limitação da responsabilidade do produtor frustrado a intencionalidade subjacente a este regime, a de *tutelar adequadamente a pessoa lesada*?

Ponderados os argumentos que têm sido esgrimidos num e noutro sentido, estamos em condições de afirmar o seguinte: prever que um produtor se possa exonerar de responsabilidade, provando, para o efeito, que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos não permitia detetar a existência do defeito, é frustrar precisamente aquilo que se quis acautelar, leia-se, é frustrar a tutela eficaz do lesado. Senão vejamos: uma coisa é a existência do defeito, outra é a sua detetabilidade; ainda que seja indetetável, o defeito existe — e existe no momento em que o produto é colocado em circulação no mercado<sup>(52)</sup>. Assim, se em virtude desse defeito advêm danos, as mais das vezes *danos em massa, graves e irreversíveis*, não nos parece aceitável a sua não ressarcibilidade, verificados que estão

os pressupostos para que exista responsabilidade civil do produtor.

Além do que fica dito, somos levados a questionar se, no que concerne à indústria farmacêutica — e tendo presentes as limitações inerentes aos ensaios clínicos prévios à comercialização de um determinado medicamento —, os defeitos serão verdadeiramente incognoscíveis e indetetáveis aquando da sua colocação no mercado, ou simplesmente não foram detetados por força daquelas mesmas limitações?

Para que determinada pretensão seja procedente com base no regime da responsabilidade objetiva do produtor, deve o lesado fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado, a saber, (i) a existência de um dano; (ii) o defeito do produto e (iii) o nexo de causalidade entre defeito e dano, atento o disposto no artigo 4.º da Diretiva n.º 85/374 e o artigo 342.º do Código Civil português. Tendo já feito alusão ao defeito do produto e aos danos ressarcíveis, resta-nos atentar no pressuposto do nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano sobrevivendo. Não dispondo o DL n.º 383/89 de norma especial relativamente a este pressuposto, terá aqui plena aplicação o artigo 563.º do Código Civil, segundo o qual “*a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”.

Este é talvez o pressuposto que mais dificuldades levanta para o lesado, dificuldades essas que se agigantam quando em causa esteja um medicamento defeituoso<sup>(53)</sup>. E porquê? Porque, por um lado, os efeitos adversos provocados por um determinado medicamento têm de característico só se manifestarem decorrido um amplo lapso de tempo desde o momento da sua administração — denominado

<sup>50</sup> Quer isto significar que, subjacente ao artigo 5.º, alínea e), está a existência do defeito aquando da sua colocação no mercado — o mesmo era indetetável à luz dos conhecimentos científicos e técnicos, mas intrínseco ao produto.

<sup>51</sup> CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 511.

<sup>52</sup> Sobretudo se tivermos em consideração que, em bom rigor, “*estão em causa sempre defeitos de concepção, só que uns são conhecidos ou cognoscíveis segundo o estado da ciência e da técnica — defeitos de concepção propriamente ditos —, ao passo que outros são ainda incognoscíveis segundo o mesmo estado dos conhecimentos científicos e técnicos — ditos defeitos do desenvolvimento*” — CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 532.

<sup>53</sup> CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 712 e DIANA MONTENEGRO, ob. cit., p. 181.

período de *latência* —, levando a que não ressalte de imediato que a verificação desses efeitos se deve a um qualquer defeito do fármaco. Por outro lado, a reação eventualmente sofrida pode não derivar causa-efeito da toma do medicamento e, portanto, de um seu defeito, mas antes de uma *predisposição* da pessoa lesada, eventualmente da evolução do seu estado de saúde — se padecesse já de uma qualquer patologia — ou, ainda, de uma qualquer *reação medicamentosa* em virtude do tratamento simultâneo com vários medicamentos e em que a reação adversa advém mais da sua combinação, e menos de um defeito de um dos medicamentos administrados.

Para além de todas as dificuldades apontadas e que derivam, sobretudo, da especificidade do medicamento enquanto produto, particularmente problemático se tem revelado, não raras vezes, a identificação do concreto laboratório produtor do medicamento defeituoso, não obstante a noção ampla consagrada entre nós no artigo 2.º do DL n.º 383/89, quando em causa estão medicamentos *genéricos*, produzidos e comercializados por diferentes laboratórios, sob fórmula idêntica, por via de um *licensing agreement*<sup>(54)</sup>, a que acresce o facto de, geralmente, a pessoa lesada consumir o fármaco comercializado pelos diferentes produtores v.g., porque o mesmo é distribuído pelos vários laboratórios na farmácia onde habitualmente os adquire. Assim, “*se formos inflexíveis na observância da regra de que cabe ao lesado demonstrar quem é o agente concreto causador dos danos, dentro do princípio de que cada um responde apenas pelos prejuízos que provoca, a responsabilidade do produtor ou produtores demandados será quase sempre recusada neste tipo de casos por falta de prova da identificação do causador real e específico dos danos (...)*”<sup>(55)</sup>.

<sup>54</sup> DIANA MONTENEGRO, ob. cit., p. 190.

<sup>55</sup> CALVÃO DA SILVA, ob. cit., p. 581.

## CONCLUSÃO

Iniciámos o presente texto com a constatação de que a segurança dos medicamentos não é absoluta. Dissemos também que tal não é exigível — preponderante é que a relação benefício-risco de um concreto medicamento seja favorável —, mas talvez neste domínio em particular se deva almejar o *quase* absoluto.

Sem prescindir, é igualmente imperativo, face à evolução dos conhecimentos científico-técnicos, com a natural consequência de surgirem mais medicamentos, cada vez mais complexos, com propriedades cada vez mais abrangentes e intervenientes, que a sua monitorização seja máxima e constante. Para tanto, impor-se-á continuar com o trabalho desenvolvido em ordem ao incremento da atividade de farmacovigilância, atividade esta que será garante da *prevenção*, mas sobretudo, garante do não surgimento de novas catástrofes como as já analisadas. Neste sentido, é de salientar o aumento verificado no número de notificações espontâneas de RAM — e, de entre estas, o aumento do número de notificações de reações adversas *graves e inesperadas*. Tal aumento é expressivo do maior conhecimento e consciência quanto à preponderância daquela atividade, mas, simultaneamente, a evidência de que tais reações ocorrem, a que acresce o facto de constituírem a segunda maior causa de verificação de um evento adverso em internamento hospitalar, em Portugal, e de afetarem cerca de 7% da população em geral.

O que acaba de ser dito é a evidência de que as reações a medicamentos constituem, ainda hoje, um problema de *saúde pública*, o mesmo problema que esteve em parte na origem da Diretiva em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos e, em consequência, do diploma de transposição

— entre nós, o DL n.º 383/89 —, na senda da *products liability*, originariamente surgida nos EUA, e que rapidamente se espalhou ao continente europeu, não fosse o desastre da talidomida, ocorrido na Alemanha.

Aqui chegados, da constatação efetuada *supra* de que se verifica um aumento do número de notificações de reações adversas *graves* e *inesperadas* e, por outro lado, da inexistência no nosso ordenamento jurídico de decisões atinentes à responsabilidade civil do laboratório produtor de um determinado medicamento, estamos em condições de afirmar que existem danos causados por medicamentos defeituosos que não são ressarcidos, seja porque não notificados, seja porque não demandados os seus produtores. Ora, aqui, à imagem da evolução verificada no exercício da medicina, mais do que uma lógica de responsabilização, devem imperar os princípios da *transparência*, da *solidariedade existencial* e do *ressarcimento do dano injustificado*, em ordem a, por um lado, evitar a repetição desnecessária de eventos adversos, só possível através do estudo dos já verificados e do aperfeiçoamento da *atividade em saúde*, v.g., pelo aperfeiçoamento de

protocolos clínicos, pela criação de bases de dados de reações adversas, entre outras medidas e, por outro lado, a ressarcir aqueles que acabam lesados por uma indústria que a todos aproveita. Além das razões aduzidas, porque os medicamentos estão sujeitos, durante todo o seu ciclo de vida, ao controlo de uma entidade administrativa — entre nós, o INFARMED —, somos levados a considerar que esta deve ter um papel ativo também — mas sobretudo — quando do consumo de um determinado medicamento advenha um dano, consequência de um qualquer defeito do mesmo, mas também, quando se verifica um dano *desproporcionado*, com a certeza de que teve origem medicamentosa, sem que se consiga estabelecer a causalidade com um concreto defeito do medicamento em questão. Papel ativo este que se traduz na edificação de um mecanismo alternativo de ressarcimento do dano, em que o procedimento após a comunicação da verificação de uma determinada reação adversa é levado a cabo *oficiosamente*, suspendendo eventuais prazos de prescrição para a propositura de uma ação, com vista à aferição da causalidade e à compensação do dano sofrido em caso afirmativo.

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESPONSABILIDADE PENAL NO SETOR DA MEDICINA

Túlio Felipe Xavier Januário <sup>(1)</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é, analisar a problemática referente à aplicação da inteligência artificial no setor da medicina, especialmente no que toca às eventuais responsabilidades criminais por danos decorrentes da atuação de agentes artificiais inteligentes. Conforme demonstraremos, muito embora sejam evidentes os benefícios do desenvolvimento destas tecnologias e de sua aplicação no ramo da saúde, inegáveis se mostram também as dificuldades a serem enfrentadas pelo direito em matéria de regulação, prevenção e responsabilização. Dito isso, buscaremos analisar inicialmente o que podemos efetivamente entender por inteligência artificial e de que forma ela vem sendo aplicada nesta seara. Posteriormente, identificaremos as principais questões jurídicas impostas por essas novas tecnologias, dentre as quais, as relativas à autoria e à delimitação do risco permitido dos intervenientes humanos neste âmbito.

**Palavras-Chave:** Inteligência artificial; direito penal da medicina; big data; machine learning; compliance;

**Abstract:** The aim of the present essay is to analyze the issue related to the application of artificial intelligence in the scope of medicine, especially when it comes to possible criminal liabilities for damages resulting from its performance. As we will demonstrate, even though the benefits of the development of these technologies and their application in the scope of health are evident, the difficulties to be faced by Law in terms of regulation, prevention and responsibilities are also undeniable. That being said, we will initially analyze what can we effectively consider as “artificial intelligence” and the way that it has been applied in this area. After that, we will identify the main legal issues imposed by these new technologies, among which, those related to authorship and the delimitation of the allowed risk of human actors in this scope.

**Keywords:** Artificial intelligence; medicine criminal law; big data; machine learning; compliance;

<sup>1</sup> Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolseiro de Investigação da Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT.

## Introdução

Dentre os principais ramos impactados pela evolução das ciências e da tecnologia, o setor da saúde provavelmente se mostra como um dos mais paradigmáticos. O progressivo desenvolvimento da inteligência artificial, propiciado pela *big data* e pelos procedimentos de *machine learning*, viabilizou projeções para um futuro próximo, de plena operacionalidade de programas de auxílio em diagnósticos mediante a análise de imagens, mecanismos autônomos de monitoramento e prestação de cuidados a pacientes, instrumentos robóticos de auxílio em cirurgias e até mesmo algoritmos de prevenção ao suicídio através de redes sociais.

Se quase certos são os benefícios derivados da utilização da inteligência artificial na medicina, inegáveis se mostram também, os riscos<sup>(2)</sup> provenientes destas novas tecnologias e mais ainda, os desafios que elas impõem aos operadores do direito em

<sup>2</sup> Somente a título de exemplificação, Mafalda Miranda Barbosa destaca o potencial lesivo que os *robots* apresentam em relação à segurança dos seres humanos, bem como o próprio risco de “desdignificação do ser humano pela atuação da inteligência artificial ao nível do seu corpo e da sua mente” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 6, p. 1475-1503, 2017. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf)>. Acesso em 21 de dezembro de 2020. p. 1502). Contudo, conforme analisaremos, estes são apenas alguns dos potenciais riscos advindos destas novas tecnologias.

termos regulatórios, preventivos e principalmente de responsabilização. No que toca especificamente à matéria jurídico-penal, serão demandadas maiores reflexões e possíveis adaptações em clássicos institutos da parte geral, bem como em alguns dos seus tipos da parte especial, a fim de fazer frente a esse contexto iminente<sup>3</sup>.

Tendo-se em vista estas considerações, o objetivo do presente trabalho é o de analisar algumas das principais implicações jurídico-criminais da inserção da inteligência artificial no setor da medicina, especificamente no que toca à imputação de eventuais responsabilidades penais por danos derivados de contextos com a interação de “agentes” artificiais inteligentes. Para tanto, buscaremos responder, inicialmente, a questão sobre o que efetivamente podemos entender como inteligência artificial e de que forma ela se relaciona com os conceitos de *big data*, *internet of things* e *machine learning*. Este brevíssimo estudo mostra-se imperioso, uma vez que, muito embora estes termos estejam cada vez mais na “pauta do dia” das ciências jurídicas, observamos uma natural dificuldade dos operadores do direito em enfrentar estes tópicos tão novos, complexos e de setores que eram, até então, relativamente distantes da nossa disciplina, razão pela qual não são incomuns as confusões na aplicação dos mesmos em textos jurídicos.

<sup>3</sup> Conforme bem destaca Anabela Miranda Rodrigues, “Não se deve desperdiçar uma tecnologia potencialmente útil — que poderia fornecer soluções úteis em diversíssimos domínios—, nem subestimar os seus riscos — que não devem ser fantasiados, mas que são concretos, desde a manipulação diária das nossas escolhas até ao aumento de pressão sobre a privacidade de indivíduos e grupos, passando por conflitos cibernéticos e pelo uso da IA pelo crime organizado com diversos objetivos, como branqueamento ou roubo de identidade” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Inteligência artificial no direito penal — a justiça preditiva entre a americanização e a europeização*. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 11-58. p. 51).

Feitos estes esclarecimentos iniciais, averiguaremos no segundo tópico, em caráter certamente não exaustivo, as principais questões éticas e jurídicas a serem enfrentadas pelo direito em razão da aplicação de mecanismos de I.A. na medicina, dentre as quais podemos enumerar a título exemplificativo, as dificuldades relativas à tutela da privacidade dos pacientes no que toca aos seus dados pessoais e às formas de garantir a transparência dos procedimentos de inteligência artificial.

Uma vez, porém, que inobstante a alta tecnologia nela aplicada, a inteligência artificial será passível de falhas e erros, buscaremos enfrentar no tópico derradeiro, o questionamento principal do presente trabalho, qual seja, o de como pode ser aferida a responsabilidade penal em um contexto de tamanhas incertezas e imprevisibilidade, quadro especialmente agravado pela inserção de agentes que, apesar de possuírem capacidades de raciocínio e de atuação independentes da vontade humana, ainda são penalmente inimputáveis.

## 1. Da inteligência artificial — delimitação conceitual e possíveis aplicações no setor médico

Muito se diz hodiernamente a respeito dos desenvolvimentos científicos na área da inteligência artificial e sobre a forma pela qual estas tecnologias afetarão os mais diversificados escopos do cotidiano da nossa sociedade. É certo, aliás, que já há muito tempo a literatura, o cinema e a televisão retratam — ainda que como um sonho distante — veículos que operam sem condutores humanos, assistentes domésticos inteligentes e principalmente, robôs atuantes em diversas áreas, tais como medicina, segurança pública e até mesmo para suprir as necessi-

dades afetivas mais íntimas dos seres humanos<sup>(4)</sup>.

Ainda que não tenhamos atingido, porém, o estágio prognosticado pelos roteiristas, é certo que já testemunhamos atualmente, instrumentos dotados de uma inteligência artificial “setorial”<sup>(5)</sup>, capazes de realizar algumas tarefas autonomamente. É o caso, por exemplo, das assistentes virtuais inteligentes “Siri” da *Apple* e “Alexa”, da *Amazon*. Observamos também, no ramo dos transportes, testes com veículos operados de maneira parcial ou totalmente autônoma, tendo ocorrido, inclusive, os primeiros sinistros com essa espécie de automóveis<sup>(6)-(7)</sup>.

No que interessa aos objetivos do presente trabalho, cumpre salientar que o ramo da saúde

sempre se mostrou como um dos mais promissores em termos de aplicação da inteligência artificial. Para Luiz Carlos Lobo, essa aplicação diz respeito à utilização de computadores para a solução de problemas médicos através da análise de um grande volume de dados e aplicação de determinados algoritmos definidos por especialistas no tema<sup>(8)</sup>. Conforme demonstraremos, porém, a potencial área de intersecção entre inteligência artificial e medicina é muito mais ampla, estando entre suas aplicações primárias hodiernas e futuras, não apenas o auxílio às decisões clínicas, mas também o monitoramento e prestação de cuidados gerais para com os pacientes e a utilização de equipamentos autônomos para auxílio em cirurgias. Mais recentemente, fala-se ainda a respeito da possibilidade de monitoramento das redes sociais para aferir possíveis riscos à saúde de seus usuários<sup>(9)</sup>.

É neste sentido, pois, que sustenta André Dias Pereira que, dentre os principais tópicos que provavelmente revolucionarão não apenas a prestação de serviços de saúde como um todo, mas também a bioética e o direito da medicina, se encontram as questões relacionadas à *big data*, à inteligência artificial, à digitalização e à robotização da medicina<sup>(10)</sup>.

Uma vez se tratando, porém, de tópicos extremamente novos e complexos, além de serem, até pouco tempo, totalmente divorciados da seara jurídica, observa-se ainda uma certa dificuldade de

<sup>4</sup> Observa-se, a título exemplificativo, o filme “*A.I. — Artificial Intelligence*”, dirigido por Steven Spielberg e lançado em 2001, cujo enredo retrata um mundo futuro no qual agentes artificiais inteligentes operam as mais diversificadas funções, tais como a de babá, enfermeira e até mesmo gigolô. A trama se desenrola, porém, com o desenvolvimento do robô “David”, feito em forma de criança e programado para amar seus pais incondicionalmente. Outra produção paradigmática dos cinemas é “*The Bicentennial Man*”, dirigido por Chris Columbus e lançado em 1999, onde é retratada a saga do robô “Andrew”, desenvolvido para a realização de tarefas domésticas e de manutenção, mas que posteriormente passa a desenvolver a capacidade de identificar emoções e a corresponder-las.

<sup>5</sup> Neste sentido, conforme explica Miriam Wimmer, não podemos falar hoje em uma inteligência artificial geral, com sistemas dotados de capacidades cognitivas e de compreensão semelhantes às humanas e que possam lidar com quaisquer tarefas que lhes sejam demandas. A realidade atual é a de sistemas aptos a realizar tarefas específicas e de maneira altamente especializada. Neste sentido, conferir: WIMMER, Miriam. *Inteligência artificial, algoritmos e o direito no panorama dos principais desafios*. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15-30. p. 15-17.

<sup>6</sup> Observa-se que já houve acidentes fatais com veículos totalmente autônomos, tais como no caso do carro da Uber que abalroou uma pedestre no estado do Arizona, e com veículos *Tesla* operantes em modo “piloto-automático”. Neste sentido, conferir: ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor. *Veículos autônomos e direito penal: uma introdução*. In: ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor (org.). *Veículos autônomos e direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 15-36. p. 16, nota 6.

<sup>7</sup> Já tivemos a oportunidade de analisar em pormenor essa questão. Para maiores detalhes, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Xavier. *Veículos autônomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes*. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 95-128. p. 95 e ss.

<sup>8</sup> LOBO, Luiz Carlos. *Inteligência artificial e medicina*. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 2, p. 185-193, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/30605>>. Acesso em 08 de janeiro de 2020. p. 187.

<sup>9</sup> STONE, Peter et al. *Artificial Intelligence and life in 2030: one hundred year study on Artificial Intelligence*. Report of the 2015-2016 Study Panel, Stanford University, Stanford, CA, set. 2016. p. 25. Disponível em: <<https://stanford.io/2tm2Vdt>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

<sup>10</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O médico-robô e os desafios para o direito da saúde: entre o algoritmo e a empatia*. *Gazeta de Matemática*, ano LXXX, n. 189, p. 30-34, nov. 2019. p. 30.

entendimento a respeito da verdadeira essência da inteligência artificial e de que forma ela se relacionaria com conceitos como os de *big data*, *internet of things* e *machine learning*, sendo crucial assim, em um texto cujo público-alvo almejado é mormentemente de operadores do direito, uma brevíssima delimitação conceitual e contextualização destas ideias.

Conforme explicam Fabro Steibel, Victor Vicente e Diego de Jesus, os agentes dotados de inteligência artificial seriam aqueles capazes de, em maior ou menor nível, captar e processar informações do ambiente, aprender com elas e optar pela forma de reação que entenderem adequada, tudo isso sem interferência humana<sup>(11)</sup>. Identifica-se, assim, nestes entes, duas características primordiais, quais sejam, a autonomia, consubstanciada na habilidade para a realização de tarefas sem a constante orientação de um usuário humano, e a capacidade de adaptação, podendo estes agentes aprender com suas prévias experiências e aprimorar seus desempenhos<sup>(12)</sup>.

Segundo Kaplan e Haenlein, a inteligência artificial utiliza a *internet of things* e o *big data* como formas de *input* para a identificação de regras e padrões, e, através de seu *machine learning*, aprender coisas para as quais não fora programada<sup>(13)</sup>. Conforme esclarecem Caitlin Mulholland e Isa-

bella Frajhof, esses sistemas de aprendizado por máquinas permitem o desenvolvimento de agentes artificiais inteligentes capazes de decisões absolutamente autônomas, sem quaisquer interferências humanas. Através do tratamento de dados em massa — *inputs* — permite-se o desenvolvimento do *machine learning* e o alcance de determinados resultados, na forma de *outputs*. Ou seja, o próprio sistema alcança esses resultados através de procedimentos dedutivos e análises estatísticas que vão sendo correlacionadas pela I.A.<sup>(14)</sup>.

Explicando ainda mais essa relação, Price II ensina que o *big data* é caracterizado pelos 3 “v”s, sendo eles volume — grande quantidade de dados —, variedade — em termos de heterogeneidade dos dados — e velocidade — rápido acesso a eles. No âmbito da medicina, por exemplo, esses dados seriam provenientes de diversas fontes, tais como históricos médicos *online*, livros, prontuários, dados relacionados aos planos de saúde, receitas médicas e até mesmo dados colhidos de aplicativos de celular. Através das técnicas de *machine learning* — que seriam o método de aprendizado das regras e técnicas necessárias para a identificação de padrões nessa imensidão de dados — seriam desenvolvidos os algoritmos a partir dos quais seriam feitas, por exemplo, as previsões e separação de pacientes em grupos<sup>(15)</sup>.

Segundo Kaplan e Haenlein, experimentamos hoje a primeira fase da inteligência artificial, na qual ela seria aplicada para tarefas específicas, tais como

<sup>11</sup> STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; JESUS, Diego Santos Vieira de. Possibilidades e potenciais da utilização da inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 53-64. p. 53-56.

<sup>12</sup> JESUS, Tiffany Cunha de. Inteligência artificial: a responsabilidade civil do robô. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 43-54. p. 43-45.

<sup>13</sup> KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, p. 15-25, jan./fev. 2019. p. 17. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>>. Acesso em 22 de janeiro de 2020.

<sup>14</sup> MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 265-292. p. 265.

<sup>15</sup> PRICE II, William. Nicholson. Artificial Intelligence in Health Care: applications and legal issues. *U of Michigan Public Law Research Paper No. 599*, p. 1-7, 2017. p. 2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078704>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

reconhecimentos faciais e de voz do Facebook e da Siri, e os veículos autônomos da Tesla. Essa 1ª. geração é comumente referida como *artificial narrow intelligence*. A futura 2ª. geração será aquela na qual os sistemas inteligentes serão capazes de raciocinar, planejar e resolver autonomamente os problemas para os quais sequer foram programados, fase essa intitulada *artificial general intelligence*. Para os autores, quicá e a depender da velocidade dos desenvolvimentos tecnológicos, seremos capazes de testemunhar uma esperada *artificial super intelligence*, 3ª. geração da inteligência artificial, na qual os agentes inteligentes atingirão a autoconsciência, podendo tornar os seres humanos redundantes. Espera-se que sejam capazes de aplicar a inteligência artificial em qualquer área, tendo ainda capacidades científicas e sociais, bem como conhecimentos gerais<sup>(16)</sup>.

No que toca à aplicação da inteligência artificial especificamente no ramo da medicina, podemos destacar, dentre outros, os desenvolvimentos atuais e para um futuro próximo, em três subáreas específicas, mas inter-relacionadas, quais sejam, a do (I) auxílio à tomada de decisões; (II) a da medicina personalizada; e da (III) robótica e outros sistemas artificiais inteligentes no auxílio de cirurgias, tratamentos, monitoramento e diagnósticos<sup>(17)</sup>.

<sup>16</sup> KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Op. Cit., p. 16.

<sup>17</sup> No que tange especificamente à robótica, cumpre destacar a interessante distinção feita por Lécio Machado. Segundo o autor, poder-se-ia considerar um “médico robô” o “conjunto de algoritmos aplicados em programas de computador utilizados com a finalidade de executar atividades médicas se valendo da habilidade de acumular experiências e delas extrair lições e aprendizados, podendo agir de maneira independente tomando decisões de modo autônomo”. Esses sistemas — que podem ou não ser dotados de um corpo físico — se diferenciam de um mero braço robótico, pois enquanto este último se limitaria a executar movimentos previamente programados, aqueles são capazes de se aperfeiçoar, praticando atos autônomos não previstos ou programados por seus desenvolvedores. Conferir com detalhes em: MACHADO, Lécio Silva. Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência artificial. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 16, n. 31-32, p. 101-114, 2019. Disponível em: <<http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-16-n%C2%BA-31-32>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020. p. 103; 107.

No que toca a este último, cumpre destacar que, muito embora a ilusão com o desenvolvimento de clínicas totalmente integradas com sistemas de inteligência artificial seja quase um clichê, o hodierno quadro de implementação ainda não atingiu totalmente este patamar. Contudo, conforme sustentado em relatório publicado pela Universidade de Stanford, as expectativas para os próximos quinze anos são promissoras, especialmente se o desenvolvimento desta ciência vier acompanhado de dados suficientes e sistemas bem direcionados. Se hoje os médicos clínicos solicitam aos pacientes uma descrição verbal de seus sintomas e os correlacionam mentalmente com os padrões de doenças por eles conhecidas, no futuro, um assistente automatizado poderá realizar essa função, ainda que sob a supervisão do clínico. Sua experiência ainda será fundamental, porém, para auxiliar no processo de *input* do sistema e na avaliação do *output*<sup>(18)</sup>. Isto porque, conforme explica Price II, não é possível explicar o “porquê” ou “como” se chegou a essas conclusões, dando origem ao que o autor chama de “*black box medicine*”, quadro que se agrava quando esses equipamentos têm a capacidade de incorporar novos dados e redefinir as prévias predições, bem como alterar seus próprios algoritmos<sup>(19)</sup>. Estas questões serão melhor abordadas, porém, no segundo tópico.

No que toca às cirurgias robóticas, diante de sua complexidade e de suas implicações, espera-se que nos próximos anos, elas tendam a ser investigadas e desenvolvidas de maneira específica, separadas por nichos a serem explorados cada qual por determinadas empresas, sendo que cada uma delas

<sup>18</sup> STONE, Peter et al. Op. Cit., p. 26.

<sup>19</sup> PRICE II, William. Op. Cit., p. 2.

terá como desafio a pesquisa e o desenvolvimento de todo um universo relacionado à análise de dados, sensoriamento, automação e aprimoramento<sup>(20)</sup>.

Conforme já mencionado, há que se destacar que nem todos os instrumentos robóticos são dotados de inteligência artificial, vez que muitos deles podem se limitar à reprodução — ainda que com altíssimo nível de precisão — de comandos advindos de seres humanos ou de específicas e prévias programações. Quando esses instrumentos forem capazes, porém, de captar e processar dados, “aprender” com eles e de maneira autônoma, desenvolverem-se e tomarem decisões independentes — ainda que eventualmente limitadas a determinados escopos -, poderão eles ser considerados “produtos” dotados de inteligência artificial, estando sujeitos às mesmas questões aqui a serem analisadas<sup>(21)</sup>.

Merecem destaque também, nesta seara, os chamados *wearable devices*, que conforme o relatório da Universidade de Stanford, são bastante promissores e cada vez mais viáveis comercialmente<sup>(22)</sup>. Através deles, são obtidas informações constantes dos pacientes, tais como glicemia e ECG, podendo gerar ações automatizadas, como a injeção de insulina, descarga elétrica em desfibrilador subcutâneo e variação na dose de medicamentos em pacientes com Doença de Parkinson<sup>(23)</sup>.

O campo do auxílio à tomada de decisões nos parece um pouco mais avançado, tendo como exemplos de programas já operantes, o *Watson Health*, da IBM, e *DeepMind*, comprado pela Google em 2014 e cuja junção com o chamado *Google Health* foi anunciada recentemente. Ambos processam informações armazenadas na nuvem relativas à oncologia, avaliação de riscos e evolução dos pacientes. Neles são registrados os casos, com o respectivo esquema de diagnóstico, os tratamentos prescritos e os resultados obtidos, permitindo uma expansão do conhecimento médico e a sugestão de condutas a serem tomadas com base em dados probabilísticos<sup>(24)</sup>.

Observa-se assim, que o aumento da capacidade de armazenamento de dados, especialmente através do chamado *big data*, é essencial para a presença cada vez maior dessas tecnologias no âmbito da saúde, especialmente no que toca aos dados de prevalência, incidência e evolução de enfermidades, que permitem, inclusive, a criação de dados estatísticos para a antecipação de surtos epidemio-

<sup>20</sup> STONE, Peter et al. Op. Cit., p. 28.

<sup>21</sup> Nos termos do *Report of COMEST on Robotics Ethics*, os “robôs” contemporâneos caracterizam-se momentaneamente por quatro habilidades: I) *Mobilidade*; II) *Interatividade*; III) *comunicabilidade*; e IV) *autonomia*. Conforme expusemos, o relatório destaca que a robótica hodierna é tipicamente integrada por sistemas de inteligência artificial. Neste sentido: “*Contemporary robotics typically includes forms of ‘Artificial Intelligence’ (AI): replicating human cognition and intelligence with computer systems, resulting in machines that can do things that require a specific form of intelligence, like the ability to perceive and represent changes in their environment and to plan its functioning accordingly. Artificial intelligence is crucial for robot autonomy because it enables them to perform complex tasks in changing and unstructured environments, like driving a car and adapting to the conditions on the road, without being tele-operated or controlled by a human operator. Robots perform their tasks through algorithms: rules or instructions for the solution of a problem. Two kinds of algorithms can be distinguished: deterministic algorithms, that control the predictive behaviour of deterministic robots; and AI or stochastic algorithms, with learning abilities that form the heart of cognitive robots. A deterministic robot’s behaviour — even if the robot is highly complex and autonomous (requires little or no human supervision) — is basically pre-programmed and essentially determined. However, AI-based, cognitive robots will learn from past experiences and calibrate their algorithms themselves, so their behaviour will not be perfectly predictable, and will likely become an issue worthy of serious ethical attention and reflection*” (UNESCO; COMEST. *SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV: Report of COMEST on Robotics Ethics*. Paris, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020).

<sup>22</sup> STONE, Peter et al. Op. Cit., p. 27.

<sup>23</sup> LOBO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 187.

<sup>24</sup> LOBO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 189. Conferir também: FILHO, Fabrício; NAKAGAWA, Liliane. *DeepMind se junta oficialmente ao Google Health. Olhar Digital*, 20 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/deepmind-se-junta-oficialmente-ao-google-health/90562>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

lógicos e ações preventivas. Além disso, dados pessoais dos pacientes, somados aos sintomas e sinais apresentados e aos exames realizados, diagnósticos, tratamentos e evolução do quadro, formariam uma base de dados crucial para o aprimoramento das condutas estabelecidas<sup>(25)</sup>.

No que toca à chamada “medicina personalizada”, esta tem ganhado bastante relevância com o desenvolvimento da inteligência artificial. Conforme explica André Dias Pereira, com as possibilidades advindas da *big data*, é possível a evolução de um modelo de medicina a partir da análise do fenótipo e do genótipo de cada indivíduo, com o objetivo de definir no momento certo, uma estratégia terapêutica personalizada. Torna-se palpável ainda, a identificação de eventuais doenças às quais o paciente está predisposto e o momento certo para preveni-las ou remediá-las. Com essas possibilidades, espera-se a identificação prematura de doenças e a redução dos encargos do tratamento, bem como melhores possibilidades de adaptação deles a cada paciente, inclusive com a prescrição de estilos de vida mais adequados e que impeçam o aparecimento de novas doenças ou diminuam seus efeitos<sup>(26)</sup>.

Aliás, conforme explica Eric Hilgendorf, cada vez mais a medicina tem se mostrado um instrumento que vai além da cura dos pacientes, buscando o aperfeiçoamento destes na condição de pessoas saudáveis. Como exemplos dessa mudança de perspectiva, observamos as cirurgias estéticas, o doping e os avanços na engenharia genética. O autor acredita, inclusive, que em um futuro não muito distante, com a evolução desta última seara, será cientificamente possível a “otimização” das

propriedades das próximas gerações<sup>(27)</sup>.

Com os avanços, ainda, da medicina reprodutiva e da genética, um outro patamar de “aperfeiçoamento” poderia, em teoria e ressalvadas as suas implicações éticas, morais e legais, ser alcançado num futuro próximo. Se já é prática comum em alguns países a eliminação de embriões geneticamente doentes para fins de inseminação artificial, esta seleção poderá eventualmente ser utilizada com a finalidade de opções relativas a gênero, aparência externa ou até mesmo caráter. Fala-se assim, de uma eventual manipulação das gerações futuras, para a criação de um “bebê desejado”, o que pode se mostrar totalmente plausível com a combinação da inseminação artificial e alterações de material genético<sup>(28)</sup>.

Mas em termos de predições através da inteligência artificial, as expectativas não se restringem à identificação, através do diagnóstico genético preditivo, de que alguém esteja sofrendo ou venha a sofrer uma doença específica, o que está sendo cada vez mais viabilizado pelo desenvolvimento das pesquisas e da decodificação do genoma humano<sup>(29)</sup>. Fala-se também do aproveitamento da inteligência artificial no auxílio à prevenção do suicídio. Neste sentido, Marks divide essa categoria em dois grupos, quais sejam, a *medical suicide prediction*, que envolve a análise do histórico clínico do paciente e pode ser realizada por médicos, pesquisadores de saúde pública, agências governamentais e sistemas de saúde; e a *social suicide prediction*, que consiste na análise do comportamento e interações da pessoa em redes sociais, *apps* e outras atividades paralelas

<sup>25</sup> LOBO, Luiz Carlos. Op. Cit., 190.

<sup>26</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. Cit., p. 32.

<sup>27</sup> HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Tradução e notas de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 193.

<sup>28</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit., p. 195.

<sup>29</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit. p. 196-198.

ao sistema de saúde<sup>(30)</sup>. Ao contrário da *medical suicide prediction*, a *social suicide prediction* utiliza-se da intermediação de empresas de tecnologia tais como *Facebook*, *Crisis Text Line* e *Objective Zero*. Seu objetivo é o de redução do risco de suicídio a partir da análise do rastro deixado por usuários da internet. A análise pode ser feita a partir de postagens e comentários feitos pelos usuários nas redes sociais, envolvendo palavras tais como “tristeza” e “muita tristeza”<sup>(31)</sup>.

Ora, das considerações apresentadas neste tópico, ficam claros não apenas os potenciais da inteligência artificial no ramo da medicina, os quais, por certo, não se restringem aos aqui apresentados e tendem a se ampliar progressivamente. De pronto se nota, também, que deste incipiente mas promissor relacionamento, decorrem inúmeras questões éticas, morais e, em último caso, jurídicas, as quais devem inadiavelmente começar a ser apreciadas, a fim de que o direito esteja apto, o quanto antes, a fazer frente a essa novel realidade em termos regulatórios, preventivos e repressivos.

## 2. Possíveis questões jurídicas derivadas da inteligência artificial no setor médico

Bastante paradigmática se mostra, para fins de demonstração das possíveis questões derivadas da utilização da inteligência artificial no setor médico, a aplicação destas tecnologias na prevenção de suicídios, especialmente através do monitoramento das redes sociais. Conforme explica Marks, apesar de seus inegáveis benefícios no que toca à identi-

ficação de pessoas com elevado risco de autolesão e, conseqüentemente, à prevenção de suicídios, essas técnicas implicam em inegáveis violações ao direito de privacidade dos usuários das redes, para além de outras questões éticas e legais, tais como a questionável categorização — a partir de critérios não muito precisos — entre suicidas e não suicidas —, com a possível marginalização, estigmatização e traumatização de pessoas em estado de vulnerabilidade, o que poderia levar, em último termo e paradoxalmente, ao agravamento de suas condições clínicas e do risco de suicídio<sup>(32)</sup>.

Ao analisar estes riscos, o autor os categoriza em três grupos, quais sejam, os riscos relacionados à (I) segurança; à (II) privacidade e à (III) autonomia. Os primeiros poderiam ser exemplificados pelos casos de falsos negativos, que deixariam suicidas em potencial sem a devida assistência, bem como pelos falsos positivos, cujos efeitos poderiam se fazer sentir em eventuais tratamentos tendenciosos por parte de médicos — sendo muitos deles realizados contra a vontade do paciente — e visitas inesperadas da polícia para fins de intervenção. Aliás, neste último caso, os riscos não se limitam a possíveis e factíveis excessos por parte dos policiais<sup>(33)</sup>, mas também podem chegar até mesmo a processos criminais e penas privativas de liberdade em países que criminalizam a tentativa de suicídio<sup>(34)</sup>.

<sup>32</sup> MARKS, Mason. Op. Cit., p. 102.

<sup>33</sup> Neste sentido, destacam-se os riscos derivados de eventuais falsos positivos, em termos de excessos nas intervenções policiais. Diversos são os exemplos reais apontados por Marks, nos quais, após denúncias de possíveis intentos suicidas, policiais acabaram utilizando-se de força excessiva na intervenção e matando o cidadão. Graves também são as situações nos quais o ordenamento jurídico em questão criminaliza a tentativa de suicídio, nos quais eventuais denúncias podem levar inclusive ao encarceramento do suposto suicida em caso de denúncias (Ibid., p. 111-116).

<sup>34</sup> Ibid., p. 111.

<sup>30</sup> MARKS, Mason. Artificial Intelligence-Based Suicide Prediction. *Yale Journal of Law & Technology*, v. 21, p. 98-121, 2019. p. 104-105. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3324874###](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3324874###)>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

<sup>31</sup> MARKS, Mason Op. Cit., p. 107-108.

Por sua vez, os (II) riscos à privacidade podem se consubstanciar em brechas de segurança não informadas aos pacientes, relacionadas aos seus dados, ou então na venda ou transferência dos mesmos para terceiros, o que poderia ocasionar discriminação, estigmatização e exploração. Já os (III) riscos à autonomia, no específico caso da prevenção ao suicídio através da I.A., se relacionam às eventuais censuras, confinamentos desnecessários, compromissos civis e até mesmo as já mencionadas penas em alguns ordenamentos jurídicos<sup>(35)</sup>.

Apesar de termos utilizado como exemplo inicial esta aplicação específica da inteligência artificial na prevenção ao suicídio, bem como termos citado tão somente estas três categorias de riscos, é evidente que eles não se restringem somente a esta aplicação específica, existindo também outras situações potencialmente arriscadas englobadas em outras categorias.

Neste sentido, por exemplo, uma das principais problemáticas a serem enfrentadas diz respeito à falta de transparência que nos parece inerente ao próprio funcionamento dessa tecnologia. Nestes termos, critica Marks que, no caso da *social suicide prediction* desenvolvida pelo Facebook, ela não apenas não fora avaliada por comitês éticos independentes, mas também não houvera um *disclosure* de seus métodos, que em momento algum se tornaram públicos<sup>(36)</sup>. Mas não é apenas nestes casos que esta justaposição entre a *big data* e as técnicas de *machine learning* pecam pela falta de transparência, uma vez que, conforme explica Price II, os

algoritmos são tão complexos, que decifra-los torna-se uma tarefa muito dificultosa, transformando os sistemas de agentes inteligentes em verdadeiras “caixas-pretas”<sup>(37)</sup>.

É neste sentido que Miriam Wimmer fala sobre a “opacidade” dos sistemas de inteligência artificial, uma vez que há imensas dificuldades de rastreamento dos critérios que levaram à determinada resposta, das quais decorrem inegáveis problemas de transparência, compreensibilidade e auditabilidade<sup>(38)</sup>. Sobre essa opacidade, explica Jenna Burrell que ao utilizarem *data* como um *input*, para a produção de um *output*, os algoritmos podem ser considerados opacos porque raramente alguém terá condições de aferir o “como” ou o “porquê” deste *output*, sendo desconhecido, muitas vezes, até mesmo o próprio *input*<sup>(39)</sup>. Assim, no que toca ao ramo da medicina, questiona Wimmer como esperar que o paciente deposite sua confiança tão somente nessa “caixa-preta”, quando o médico não tiver outras condições de justificar determinada intervenção, que não através do diagnóstico decorrente de uma inferência feita por um sistema de inteligência artificial a partir do *big data*<sup>(40)</sup>.

É também nesta seara relacionada aos métodos utilizados por esses sistemas para a coleta e apreciação do *input* que podem residir os supracitados problemas de privacidade, que têm inegável relevância no ramo da saúde justamente em razão da

<sup>35</sup> Ibid., p. 111.

<sup>36</sup> MARKS, Mason. Op. Cit., p. 109. Para maiores detalhes quanto às pesquisas conduzidas pelo Facebook: JACKMAN, Molly; KANERVA, Lauri. Evolving the IRB: building robust review for industry research. *Washington and Lee Law Review Online*, v. 72, n. 3, p. 442-457, jun. 2016. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr-online/vol72/iss3/8/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

<sup>37</sup> PRICE II, William. Op. Cit., p. 2.

<sup>38</sup> WIMMER, Miriam. Inteligência artificial, algoritmos e o direito um panorama dos principais desafios. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15-30. Passim.

<sup>39</sup> BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, v. 3, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2016. p. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2053951715622512>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

<sup>40</sup> WIMMER, Miriam. Op. Cit., Passim.

constante e controversa interação com dados pessoais de ordem muito sensível<sup>(41)</sup>. Assim, explica Alexandre Libório Dias Pereira que os responsáveis por esses dados têm um dever especial de segurança e confidencialidade, devendo adotar medidas técnicas e organizativas para protegê-los contra a destruição, perda, alteração, difusão e acesso não autorizado<sup>(42)</sup>. Exemplificando essa problemática, em especial no que toca às investigações genéticas, Hilgendorf destaca a importância do cuidado com os dados pessoais obtidos através do exame genético e principalmente com a sua disponibilização para terceiros, uma vez que, caso se identifique, por exemplo, a pré-disposição ao desenvolvimento de determinada doença, o paciente terá dificuldades em encontrar empregos ou contratar seguros, caso estes dados venham a público<sup>(43)</sup>.

Além disso, é crucial que sejam levantadas maiores discussões no que toca à própria informação do paciente e dos possíveis impactos que ela pode vir a ter. Em outras palavras, muito embora os avanços da medicina personalizada representem um passo muito importante na busca pelo diagnóstico em tempo hábil, é certo que muitas vezes, o paciente preferirá não ter conhecimento das doenças para as quais tem pré-disposição. Além disso, ainda que ele opte por saber, é necessário que se

reflita não apenas sobre a forma que ele reagirá a essa notícia, mas também sobre os impactos que ela poderá ter sobre a sua família<sup>(44)</sup>.

Desta feita, de acordo com os avanços da medicina genética preditiva, é importante que sejam discutidas a forma e os limites das informações a serem passadas aos pacientes e principalmente a reação destes a eventuais más-notícias<sup>(45)</sup>, buscando-se preservar o “direito de não saber” dos mesmos<sup>(46)-(47)</sup>.

É importante destacar que, inobstante o elevado desenvolvimento que estas tecnologias em análise devem alcançar, elas certamente não são - e não serão - infalíveis, estando sujeitas a erros que podem vir a lesionar bens e interesses de terceiros. Neste sentido, por exemplo, destaca Jason Chung que o já mencionado sistema *Watson*, muito aquém de ser impecável, pode apresentar profundos erros derivados da falibilidade de seus programadores e médicos responsáveis por seus treinamentos, ou até mesmo do simples fato de que essas tecnologias são imprevisíveis em suas tarefas de processamento

<sup>44</sup> Inclusive, cumpre destacar que em matéria de “dever de esclarecimento”, o Código Penal Português prevê expressamente uma espécie de *privilegio terapêutico*, quando em seu Art. 157.º faz a ressalva dos casos em que “a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Conferir com detalhes em: ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico — o consentimento presumido. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 55-78. p. 64-65.

<sup>45</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit. p. 196-198.

<sup>46</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias. Op. Cit., p. 33.

<sup>47</sup> Sobre o “direito a não saber”, explica Manuel da Costa Andrade, ao analisar a eventual condução de testes de SIDA sem o consentimento do paciente: “Como ficou antecipado, parece irrecusável a relevância do *direito a não saber* no contexto de um direito geral de personalidade. Que não pode deixar de reconhecer ao indivíduo um espaço em que ele possa livremente decidir se quer suportar os custos do conhecimento de dados atinentes ao seu corpo e saúde e por isso, condicionantes do seu futuro” (ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico*: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 66).

<sup>41</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinicius de. Sobre os ombros de robôs? A inteligência artificial entre fascínios e desilusões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-82. p. 67-69.

<sup>42</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Big-data, e-health e “autodeterminação informativa”: a Lei 67/98, a jurisprudência e o regulamento 2016/679 (GDPR). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, v. 15, n. 29, p. 51-70, 2018. p. 60. Disponível em: <<https://www.centrodereitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-15-n%C2%BA-29-janeirojunho>>. Acesso em 16 de janeiro de 2020.

<sup>43</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit. p. 198-199. Conferir também: PEREIRA, André Gonçalves Dias. Op. Cit., p. 33.

e organização de dados<sup>(48)</sup>.

Aliás, reside justamente nesta imprevisibilidade, o dilema apontado por Steven Gouveia, uma vez que com o desenvolvimento da inteligência artificial e de sistemas artificiais autônomos, o operador passa a não possuir meios totalmente seguros de previsão do comportamento destes novéis entes, vendo-se a sociedade na incômoda posição de ter que optar por abandonar a utilização destes equipamentos altamente desenvolvidos ou ter que buscar uma solução para essa “lacuna de responsabilidade” por ele apontada<sup>(49)</sup>. Conforme bem explica o autor, o ponto crucial deste dilema é que as máquinas não mais operam sob a égide de um agir humano, mas sim, podem decidir o curso de uma ação sem qualquer intervenção do homem, podendo aprender com suas operações e mudar suas próprias regras<sup>(50)</sup>.

Essa problemática também é apontada por Hilgendorf, que destaca os contornos controversos por ela adquiridos, em termos de responsabilidades civil e criminal, quando estes robôs têm a capacidade de aprender sozinhos, incorporando novas experiências e extraindo novas conclusões a partir delas. Destaca o autor que, se a questão da divisão de tarefas já era tormentosa no direito penal médico, a inserção de um agente artificial inteligente deixa o tópico ainda mais complexo. Pergunta-se quem seria responsável pelas falhas: o programador? O usuário? O próprio robô?<sup>(51)</sup> -<sup>(52)</sup>

<sup>48</sup> CHUNG, Jason. What should we do about artificial intelligence in health care? *Health Law Journal*, v. 22, n. 3, p. 37-40, 2017. p. 37-38.

<sup>49</sup> GOUVEIA, Steven S. O problema da lacuna de responsabilidade na Inteligência artificial. In: CURADO, Manuel; FERREIRA, Ana Elisabete; PEREIRA, André Dias (coord.). *Vanguardas da responsabilidade: direito, neurociências e inteligência artificial*. Coimbra: Petrony Editora, 2019. p. 171-184. p. 173.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 175-176.

<sup>51</sup> HILGENDORF, Eric. *Op. Cit.*, p. 199-200.

<sup>52</sup> Em sentido semelhante, explica Susana Aires de Sousa que, no plano objetivo, o nexo de causalidade entre um resultado material

As dificuldades muitas vezes já se iniciam na falta de regulamentação da temática. No caso do ordenamento jurídico norte-americano e das técnicas de predição de suicídios, por exemplo, explica Mason Marks que, enquanto a *medical suicide prediction* se encontra regulada por diferentes normas, tais como a *Health Information Portability and Accountability Act* — que impõe sanções cíveis e criminais por violações à privacidade dos pacientes -, pela *Federal Common Rule* — que dispõe acerca de pesquisas com seres humanos — e pelos princípios gerais de ética médica, a *social suicide prediction*, por sua vez, não seria enquadrável em nenhuma destas normativas, uma vez que é realizada de maneira externa ao sistema de saúde<sup>(53)</sup>.

Mas é certo, porém, que as discussões relativas às possíveis benesses da maior ou menor regulamentação da inteligência artificial não se restringem a este nicho específico. Conforme salientam Kaplan e Haenlein, enquanto algumas vozes sustentam a imediata necessidade de regulação proativa a níveis nacionais e internacionais, diante do avançado desenvolvimento da inteligência artificial, outros acreditam que isso atrasaria o progresso neste setor, limitando os seus avanços<sup>(54)</sup>.

Mais adiante das questões relacionadas à regulamentação destas tecnologias, um dos principais questionamentos a serem enfrentados é o das eventuais responsabilidades em casos de falhas nesta seara. Conforme explica Price II, muito embora

penalmente desvalioso e uma conduta humana se vê dificultado quando há entre ambos, a interposição de uma máquina “inteligente”, com alguma liberdade entre algumas opções. Conferir com detalhes em: SOUSA, Susana Aires de. Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, DF, n. 14, p. 21-37, jul./dez. 2020. <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.114.p21-37>. p. 24.

<sup>53</sup> MARKS, Mason. *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>54</sup> KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. *Op. Cit.*, p. 22.

sejam previstos testes clínicos e investigações científicas para garantir a segurança e a eficácia destas novas tecnologias no ramo da medicina, eles não funcionam bem na *black box medicine*, uma vez que as técnicas de *machine learning* geralmente não conseguem explicar o “porquê” e o “como” de suas conclusões, ou então as explicações são de tamanha complexidade, que é difícil entender cientificamente os métodos e resultados dessas tecnologias. Por sua vez, ainda que os testes clínicos possam funcionar para alguns algoritmos, para outros não irão, especialmente porque alguns deles tecerão predições extremamente personalizadas que impossibilitarão seu uso em testes, enquanto outros serão capazes de alterar seus próprios algoritmos, sendo necessários novos testes<sup>(55)</sup>.

É importante destacar ainda, que para os médicos, poderá ser difícil ignorar eventuais prognósticos advindos de um sistema de inteligência artificial, mesmo quando eles discordarem do parecer. Isto porque, a depender das especificidades do caso e da forma com que a matéria vier a ser regulada, um descumprimento do profissional para com o *output* do equipamento poderia sujeitá-lo à responsabilização<sup>(56)</sup>. Mas também, porque diante da já mencionada opacidade dos algoritmos, em muitos casos sequer terá condições, o profissional, de entender a forma pela qual o sistema chegou àquele resultado, mostrando-se extremamente difícil qualquer tentativa de refutação.

Essa opacidade, inclusive, nos parece levantar questões relacionadas também ao consentimento livre e esclarecido. É certo que os pacientes terão de ser totalmente informados da utilização da tecnologia e de que ela está contribuindo para o

diagnóstico e para o tratamento<sup>(57)</sup>. Terão, porém, os profissionais da saúde, condições de explicar o porquê de tal diagnóstico e as razões pelas quais outros foram excluídos? Como compatibilizar, assim, essa necessidade de consentimento com a caixa-preta da medicina? Que implicações jurídico-penais poderão advir de eventuais recusas, por parte do paciente, de submissão a um tratamento indicado ou operado por esses sistemas?

Ora, dentre as inúmeras questões que podem ser levantadas pela incorporação da inteligência artificial no setor da medicina — as quais buscamos aqui, de maneira não exaustiva, enumerar —, uma das que mais nos chama a atenção e que é o escopo específico do presente trabalho, a ser analisada no tópico subsequente, é a das eventuais responsabilidades criminais por danos decorrentes da utilização desses agentes artificiais inteligentes.

Conforme sustenta Price II, se for identificado que o dano fora decorrente de uma falha no desenvolvimento do algoritmo, poderá ser vislumbrada a responsabilidade dos desenvolvedores. Mas poderão ser responsabilizados os utilizadores mais imediatos dos equipamentos, tais como médicos e demais profissionais da saúde? Poderão eles confiar cegamente nestas tecnologias, ou deverão adotar medidas para aferição da qualidade das mesmas? Terão eles condições de fazê-lo e, mais ainda, isso não retirará boa parte dos benefícios destes mecanismos?<sup>(58)</sup>

### 3. Responsabilidade penal e inteligência artificial no setor da medicina

Conforme demonstramos ao longo do trabalho, a inteligência artificial é apta a ser aplicada no

<sup>55</sup> PRICE II, William. Op. Cit., p. 3.

<sup>56</sup> MARKS, Mason. Op. Cit., p. 112-113.

<sup>57</sup> ALLAIN, Jessica S. From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems. *Louisiana Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1049-1079, 2013. p. 1063.

<sup>58</sup> Neste sentido, conferir: PRICE II, William, Op. cit., p. 4.

setor da saúde de diversas formas, que vão desde a medicina personalizada e preditiva, passando por mecanismos de auxílio em diagnósticos e de predição de suicídios e chegando até mesmo ao desenvolvimento de instrumentos robóticos de auxílio no tratamento de pacientes e em cirurgias.

Inobstante, porém, o elevadíssimo desenvolvimento científico demandado e alcançado por essas tecnologias, é certo que os “agentes” artificiais inteligentes não são infalíveis, estando sujeitos aos mais diversos erros, sejam eles derivados de falhas no próprio desenvolvimento e produção do sistema, sejam pela própria interpretação errônea feita do *input*, que levaria a um *output* equivocado.

É inegável que estando estas tecnologias não apenas em contato com dados pessoais de ordem extremamente sensível, mas também atuando diretamente com o mais fundamental dos bens jurídicos, que é a vida humana, eventuais falhas podem ocasionar danos de grande magnitude, que vão desde o vazamento indevido de informações pessoais de pacientes, até erros de diagnóstico e de operação que possam lesionar a integridade física ou até mesmo levar a óbito o paciente.

Ora, se a questão da atribuição de responsabilidades criminais no setor médico já sempre se mostrara demasiadamente intrincada<sup>(59)</sup>, a inserção nesta seara, de agentes artificiais inteligentes, capazes de interpretar e aprender com dados muitas vezes incertos e mediante métodos complexos e poucas

vezes auditáveis, tende a elevar as dificuldades a um novo patamar, até mesmo em virtude da imprevisibilidade inerente à inteligência artificial<sup>(60)</sup>.

Havendo, hipoteticamente, um erro de diagnóstico por um sistema de I.A., ou um problema com um instrumento robótico autônomo durante uma cirurgia, ambos levando à morte de um paciente, quem poderá ser responsabilizado criminalmente? O fabricante ou desenvolvedor do algoritmo? Os membros da equipe médica? O hospital ou clínica em questão? O próprio agente inteligente? Esta é uma das emblemáticas questões que serão apresentadas em futuro não-distante ao direito penal da medicina<sup>(61)</sup>, sendo cruciais, assim, as discussões relativas a este tópico<sup>(62)</sup>.

<sup>60</sup> Há que se salientar que, muito embora tenha-se buscado soluções para estas questões também no âmbito da responsabilidade civil, parece-nos indiscutível que eventuais respostas encontradas nesta seara não podem ser pura e simplesmente aplicadas de maneira indistinta na esfera criminal, vez que a responsabilização neste último plano, deve atender a critérios muito mais rigorosos de aferição do nexo de causalidade e da culpabilidade, não podendo admitir, de maneira alguma, hipóteses de responsabilidade objetiva, por exemplo. Parece ir na linha desta necessária distinção o posicionamento de Ana Elisabete Ferreira, que explica que “A questão da responsabilidade dos robôs será colocada diferentemente na responsabilidade civil e na responsabilidade criminal, e dentro de cada um destes âmbitos, consoante queiramos concebê-los como agentes ou como meros equipamentos/coisas dominadas pelo humano”. Conferir com detalhes em: FERREIRA, Ana Elisabete. Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autônomos — breves reflexões. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XXV, n. 27, p. 39-63, dez./2016. [https://doi.org/10.14195/1647-8630\\_27\\_3](https://doi.org/10.14195/1647-8630_27_3). p. 45.

<sup>61</sup> Utilizamos aqui, do termo “direito penal da medicina” em substituição ao clássico “direito penal médico”, pois, conforme salienta Hilgendorf, aquele se mostra mais adequado ao hodierno contexto de interação e divisão de tarefas com outros intervenientes, tais como os enfermeiros, cujas condutas terão relevância nesta matéria. Cfr. detalhadamente em: HILGENDORF, Eric. Op. Cit., p. 32.

<sup>62</sup> Não podemos desconsiderar ainda, a hipótese de que o mau funcionamento do sistema de inteligência artificial tenha como vítimas os próprios membros da equipe médica e outros funcionários da instituição hospitalar, levando-nos a refletir sobre eventual enquadramento destes casos no tipo penal previsto pelo Art. 152.º-B, assim previsto: “Artigo 152.º-B Violação de regras de segurança. 1 - Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, sujeitar trabalhador a perigo para a vida ou a perigo de grave ofensa para o corpo ou a saúde, é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe

<sup>59</sup> Neste sentido, Sónia Fidalgo destaca a complexificação da atividade médica como uma das principais razões para um novo *modus operandi* destes profissionais, que atuam de forma cada vez mais especializada, mas contando com uma equipe multidisciplinar para a divisão de tarefas. Conferir com detalhes em: FIDALGO, Sónia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 417-435. p. 417-418.

Segundo Chung, não há atualmente um claro regime legal ou regulatório referente às possíveis responsabilidades em casos de danos decorrentes de erros de agentes inteligentes, tais como o *Watson*<sup>(63)</sup>. Se por um lado, conforme aponta Steven Gouveia, a tecnologia um pouco mais “primitiva”, em tese, não colocaria em causa a concepção tradicional de responsabilidade<sup>(64)</sup>, parte do sucesso destes novos instrumentos derivaria justamente da possibilidade de substituição do controle humano, sendo viabilizada, assim, a aceleração do processo de aprendizagem do próprio algoritmo<sup>(65)</sup>.

De fato, grande parte do problema relacionado à eventual responsabilidade penal dos desenvolvedores do sistema de inteligência artificial reside justamente na possível imprevisibilidade de suas ações e, conseqüentemente, dos resultados lesivos delas decorrentes. Conforme explica Susana Aires de Sousa, a especificidade de uma máquina autônoma se comparada “a sistemas informáticos mais convencionais de recolha ou tratamento de

informação”, reside justamente na sua capacidade de, sem a interferência do programador, mas tão somente a partir das informações que lhe são dadas e da experiência por ela adquirida, obter respostas que talvez sequer foram ventiladas pela pessoa física, tomando decisões a partir delas que muitas vezes poderão ser contrárias à lei<sup>(66)</sup>.

É por esta razão que parcela da doutrina vislumbra desde já, a possibilidade de responsabilização penal dos próprios agentes artificiais inteligentes. Esta é a solução defendida, por exemplo, por Chung, que sustenta a atribuição de uma espécie de personalidade legal destes entes em regime análogo ao dos estudantes de medicina, os tornando “*liable*” por negligência médica e reduzindo o âmbito de responsabilidade dos fabricantes. Para o autor, essa possibilidade tornaria o regime de responsabilidade nesses casos mais previsível, auxiliando assim, no direcionamento do desenvolvimento destas tecnologias<sup>(67)</sup>.

Abordando essa questão, Sabine Gleß e Thomas Weigend entendem que o ponto a ser discutido diz respeito ao que podemos entender como a “capacidade de conduta” e a culpabilidade destes entes, cuja resposta, se hoje ainda não é passível de ser apresentada, pode vir a ser no futuro, especialmente se os agentes artificiais inteligentes se tornarem capazes de uma valoração de seus próprios comportamentos que seja análoga à moral, o que viabilizaria a construção de uma capacidade penal destes entes<sup>(68)</sup>.

não couber por força de outra disposição legal. 2 - Se o perigo previsto no número anterior for criado por negligência o agente é punido com pena de prisão até três anos. 3 - Se dos factos previstos nos números anteriores resultar ofensa à integridade física grave o agente é punido: a) Com pena de prisão de dois a oito anos no caso do n.º 1; b) Com pena de prisão de um a cinco anos no caso do n.º 2. 4 - Se dos factos previstos nos ns. 1 e 2 resultar a morte o agente é punido: a) Com pena de prisão de três a dez anos no caso do n.º 1. b) Com pena de prisão de dois a oito anos no caso do n.º 2.” (PORTUGAL, . *DL n.º 48/95, de 15 de Março*: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>. Acesso em 29 de janeiro de 2020). Conforme se denota do próprio tipo penal, é elementar a violação das disposições legais e regulamentares, deixando ainda mais evidente, conforme demonstraremos, a necessidade de maiores reflexões a respeito da regulação específica da utilização e aplicação da inteligência artificial neste setor.

<sup>63</sup> CHUNG, Jason. Op. Cit., p. 38-39.

<sup>64</sup> Isto porque, segundo o autor, a totalidade do controle estaria, em tese, no ser humano. Uma falha na codificação do equipamento seria sempre uma falha do programador, que controlaria, em tese, totalmente a ação e teria plenas condições de previsão de seus resultados (GOUVEIA, Steven S. Op. Cit., p. 176).

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>66</sup> SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 59-94. p. 64.

<sup>67</sup> CHUNG, Jason. Op. Cit., p. 38-39.

<sup>68</sup> GLEB, Sabine; WEIGEND, Thomas. Intelligente Agenten und das Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, n. 3, p. 561-591, 2014. p. 570-579. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2724843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2724843)>. Acesso em 15 de dezembro de 2019. Cumpre salientar, porém, que os autores acreditam ainda haver um longo caminho a ser percorrido para que seja ao menos factível a punição de um robô. Isso porque, ainda que o conceito de

Próximo é o prognóstico feito por Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, que defende que, a depender do grau de autonomia desses agentes, poderá ser possível atribuir-lhes uma culpabilidade penal<sup>(69)</sup>.

Contudo, parece-nos que essa possibilidade demanda ainda, maiores reflexões, especialmente no que toca à verdadeira função do direito penal na sociedade. Se a capacidade de autorreflexão dos agentes inteligentes aparenta ser uma questão de tempo, a admissão da responsabilidade penal dos mesmos exigirá, não apenas a adaptação de vários institutos dogmáticos do direito penal, mas principalmente um retorno à questão do porquê da pena e do próprio direito penal.

Neste sentido, ao contrário do caso da responsabilidade penal das pessoas coletivas, no qual, ressaltadas eventuais posições em contrário, identificamos danos reputacionais e financeiros derivados das penas a elas impostas, na presente temática, devemos nos questionar quais seriam os fundamentos e finalidades da punição de um agente artificial inteligente individualmente considerado e se não haveriam alternativas externas ao direito penal, que se mostrariam mais adequadas à tutela de bens jurídicos frente aos novos riscos impostos por esses agentes.

No que toca, aliás, à temática da responsabilidade penal das pessoas coletivas, este pode ser considerado um dos institutos que provavelmente merecerão maiores reflexões dos operadores do direito quanto à sua abrangência. Da literalidade do

culpabilidade fosse adaptado para atender às particularidades de sistemas de inteligência artificial, restaria a questão referente a que punições seriam adequadas a eles. Em outras palavras, que sanções poderiam ser por eles associadas como uma consequência da ilicitude de sua atuação anterior? Conferir com detalhes em: GLEB, Sabine; SILVERMAN, Emily; WEIGEND, Thomas. If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability. *New Criminal Law Review*, v. 19, n. 3, p. 412-436, 2016. p. 423-424.

<sup>69</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Riesgo e imputación: especial consideración de los riesgos derivados de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 69-95, 2015. p. 92-94.

Artigo 11.º do Código Penal Português<sup>(70)</sup>, observamos que os únicos crimes minimamente relacionados ao direito penal da medicina pelos quais os entes coletivos podem responder são o de tráfico de órgãos, tipificado pelo Artigo 144.º-B<sup>(71)</sup> e a depender do caso, a violação das regras de segurança,

<sup>70</sup> “Artigo 11.º Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas. 1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. 2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 144.º-B, 152.º-A, 152.º-B, 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º e 262.º a 283.º, 285.º 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem” (PORTUGAL. DL. n.º 48/95, de 15 de Março: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>. Acesso em 29 de janeiro de 2020).

<sup>71</sup> “Artigo 144.º-B. Tráfico de órgãos humanos. 1 - Quem extrair órgão humano: a) De dador vivo, sem o seu consentimento livre, informado e específico, ou de dador falecido, quando tiver sido validamente manifestada a indisponibilidade para a dádiva; ou b) Quando, em troca da extração, se prometer ou der ao dador vivo, ou a terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou estes as tenham recebido, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 2 - A mesma pena é aplicada a quem, tendo conhecimento das condutas previstas no número anterior: a) Por qualquer meio, preparar, preservar, armazenar, transportar, transferir, receber, importar ou exportar órgão humano extraído nas condições nele previstas; ou b) Utilizar órgão humano, ou parte, tecido ou células deste para fim de transplantação, investigação científica ou outros fins não terapêuticos. 3 - Quem, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, solicitar, aliciar ou recrutar dador ou recetor para fins de extração ou transplantação de órgão humano, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 4 - As pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 150.º que extraírem, transplantarem ou atribuírem órgão humano a recetor diferente do que seria elegível, violando as leges artis ou contrariando os critérios gerais para transplantação relativamente à urgência clínica, à compatibilidade imunogenética ou à preferência e prioridade, são punidas com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal. 5 - As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta tiver sido praticada de forma organizada ou se a vítima for especialmente vulnerável. 6 - A pena é especialmente atenuada sempre que o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis” (Ibid.).

tificada pelo Art. 152.º-B<sup>(72)</sup>. Na legislação extravagante, vislumbramos tão somente os casos previstos pela Lei n.º 32/2006, referente à procriação medicamente assistida<sup>(73)</sup>.

Ora, diante da já mencionada complexidade da medicina hodierna, o será também, a criminalidade nela eventualmente observada, realidade que tende a se potencializar com a inserção do agente artificial inteligente nesta seara. Ao vislumbrarmos hipóteses tais como a de danos à integridade física derivados de uma falha no desenvolvimento de um algoritmo, ou da imperícia na fabricação de um instrumento robótico, ou até mesmo danos à privacidade mediante o compartilhamento indevido de dados pessoais de pacientes, estaremos claramente diante de condutas ilícitas levadas à cabo no cerne de grandes corporações, sendo que alguns casos poderão não ser isolados, mas derivarem das práticas políticas internas da empresa.

Mas as razões político-criminais para a expansão da responsabilidade penal de pessoas coletivas para este setor não param por aí. Conforme já salientamos, ao ser dependente do desenvolvimento técnico e científico da medicina, o direito penal aqui considerado se vê constantemente desafiado por inéditos problemas<sup>(74)</sup>, sendo caracterizado, portanto, por sua dinamicidade em face das incertezas científicas. Da mesma forma, também a seara da inteligência artificial certamente depende dos desenvolvimentos tecnológicos e das ciências a fim de que sua área de intersecção para com o direito

penal ganhe contornos mais precisos.

Ao nosso ver, o direito penal deve assumir aqui, um caráter secundário, que sirva como reforço de determinadas normas primárias aprovadas em caráter setorial, consubstanciadas, por exemplo, em códigos de ética e de conduta, normas deontológicas profissionais, *lex artis* e *standards* do setor, ou outras normativas e regras de redução de riscos, que deverão integrar o juízo de tipicidade do comportamento do agente, seja ele pessoa física ou jurídica<sup>(75)</sup>-(76).

O próprio Artigo 150º do Código Penal Português, relativo às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, aparenta vislumbrar essa necessária dinamicidade, ao se configurar como um claro tipo penal em branco, deixando em aberto o que se pode considerar como o “estado dos conhecimentos e da experiência da medicina”, bem como as

<sup>75</sup> Sobre o caráter secundário do direito penal e a integração de normas concretas de conduta: FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 128-129. Para maiores informações quanto à forma de integração destas normativas primárias no injusto empresarial, conferir com detalhes em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Compedi Law Review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. p. 15 e ss. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931\\_compedi-lawreview/2018.v4i1.4514](http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_compedi-lawreview/2018.v4i1.4514)>. Acesso em 22 de janeiro de 2020.

<sup>76</sup> Em sentido próximo, Sónia Fidalgo esclarece que, em razão da permanente evolução da medicina, seria impossível ao legislador a criação de normas jurídicas que delimitem o dever objetivo de cuidado em cada caso concreto, sendo imperiosas, portanto, as regras fixadas pelo próprio círculo profissional — *leges artis medicinae*. Exemplos delas seriam o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho), declarações de princípios formuladas por organizações nacionais e internacionais de médicos, *guidelines* resultantes de protocolos de atuação e de reuniões de consenso e pareceres das comissões de ética. Para além das regras escritas, a concretização do dever de cuidado demanda ainda, muitas vezes, o apelo aos costumes do profissional prudente. Conferir com detalhes em: FIDALGO, Sónia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1, p. 157-169, jan./mar. 2020. <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.618>. p. 161.

<sup>72</sup> Vide nota 61.

<sup>73</sup> “Artigo 43.º-A. Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas. As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei” (PORTUGAL. *Lei n.º 32/2006*: Procriação medicamente assistida. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107743775/201909191301/73449188/diploma/Pagination/diploma/1>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020).

<sup>74</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit., p. 33.

*leges artis* do setor<sup>(77)</sup>-(78).

É pelas razões expostas, que boa parte da doutrina entende ser acertada a opção pela maior flexibilidade na regulação jurídico-penal da matéria. Neste sentido, ao identificar as pesquisas científicas e os testes clínicos como pontos-chave da busca pela maior segurança e da eficácia da inteligência artificial na medicina, Price II sustenta que o caminho mais promissor seria justamente o da maior flexibilidade regulatória, mas sem abrir mão de um escrutínio na fase de produção e desenvolvimento - especialmente no que toca aos procedimentos de desenvolvimento e validação e à qualidade dos dados obtidos — e uma robusta supervisão pós-mercado<sup>(79)</sup>. Kaplan e Haenlein também defendem uma espécie de solução colaborativa, para evitar as constantes modificações legais que demandaria o desenvolvimento tecnológico. Para eles, o caminho é o das normas consuetudinárias que englobem requisitos mínimos de transparência e para a realização dos testes<sup>(80)</sup>.

Diante da já mencionada dinamicidade e complexidade desta seara, somada à imperiosidade da

<sup>77</sup> “Artigo 150.º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal” (PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de Março. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>. Acesso em 29 de janeiro de 2020).

<sup>78</sup> Neste sentido, destacando a dificuldade de definição com nitidez de quando há ou não violação das *leges artis*: GARCIA, Manuel Miguez; RIO, J. M. Castela. *Código penal — parte geral e especial*: com notas e comentários. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 561.

<sup>79</sup> PRICE II, William. Op. cit., p. 4.

<sup>80</sup> KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Op. Cit., p. 22.

definição e implementação normas primárias e setoriais de redução de riscos, mostram-se muito promissores, ao nosso ver, na intersecção entre direito da medicina e inteligência artificial, os programas de *compliance*.

Em linhas muito gerais, eles podem ser definidos como mecanismos aliados à governança corporativa, mediante os quais as pessoas coletivas, a partir do espaço de liberdade concedido pelo Estado, buscam se autorregular e autofiscalizar. Dentre seus propósitos imediatos se encontram a promoção de uma cultura ética e de cumprimento normativo no cerne empresarial, bem como a prevenção, investigação e eventual repressão de práticas ilícitas na corporação. Mediamente, almeja-se a manutenção da boa-reputação da companhia, a potencialização dos lucros e principalmente, o resguardo da empresa e de seus órgãos de representação de possíveis responsabilizações<sup>(81)</sup>.

Dentre os seus diversos instrumentos, que podem ser divididos nas fases de formulação, implementação e consolidação do programa<sup>(82)</sup> e cuja análise exaustiva acabaria por ultrapassar os limites do presente trabalho<sup>(83)</sup>, se encontram mecanismos de identificação e gerenciamento de riscos que são extremamente importantes em searas intrincadas como a ora em análise. Ressalvadas as dificuldades inerentes à valoração de situações futuras nes-

<sup>81</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva*: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 85-86.

<sup>82</sup> Esta classificação é apresentada por Marc Engelhart, em: ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine Rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. Ergänzte und erweiterte Auflage*. Berlin: Dunkler & Humblot, 2012. p. 712 e ss.

<sup>83</sup> Para maiores detalhes quanto à estruturação concreta e os mecanismos destes programas, conferir com detalhes em: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico*: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 53-63.

tes setores complexos e nebulosos<sup>(84)</sup>, e tendo-se em vista que em todas as searas em que há uma atuação humana, podem haver situações arriscadas que fujam do controle, a identificação prévia destes casos permite uma atuação dentro dos limites do legalmente tolerado e do socialmente necessário<sup>(85)</sup>, sendo possível a partir dela, a identificação de *standards* de atuação, definidos alternativa ou cumulativamente pelas próprias pessoas coletivas, em conjunto ou individualmente, mediante *lex artis* setoriais, normas administrativas ou diretrizes abstratas que permitam a consideração de uma “em-prisa média cuidadosa”<sup>(86)</sup>.

No caso da inteligência artificial no setor da saúde, os mecanismos de gerenciamento de riscos podem se mostrar importantes no monitoramento das mais recentes pesquisas e descobertas científicas no setor médico e da inteligência artificial, bem como das consequentes modificações legislativas e regulamentares atinentes ao caso, permitindo uma definição concreta dos parâmetros de atuação e consequentemente dos limites de permissibilidade do risco.

Esses padrões de comportamento certamente deverão constar em códigos de ética e de conduta, os quais são fundamentais na seara ora em análise. Verdadeira norma fundamental da pessoa coletiva, de caráter vinculante aos seus colaboradores e órgãos de representação<sup>(87)</sup>, eles se consubstanciam na expressa declaração dos valores, políticas, ética

e procedimentos empresariais<sup>(88)</sup>, não se restringindo necessariamente à pessoa coletiva em questão, mas podendo ser aprovados por organizações internacionais<sup>(89)</sup>, conjuntos de *stakeholders* e associações setoriais<sup>(90)</sup>.

Neste sentido, é importante destacar, inclusive, que a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, (2015/2103 (INL)) já identificou que a utilização da Robótica acaba por contrastar com um conjunto de tensões e riscos, mostrando-se necessária uma atualização e complementação do quadro jurídico da União Europeia, especialmente no que toca ao “princípios éticos que se coadunem com a complexidade da robótica e com as suas inúmeras implicações sociais, médicas e bioéticas”, propondo em anexo um código de conduta para engenheiros de robótica e comitês de ética em investigação<sup>(91)</sup>.

<sup>88</sup> NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 111-130. p. 113-114.

<sup>89</sup> Neste sentido, Patrícia Peck Pinheiro exemplifica a questão com a iniciativa do Parlamento Europeu de elaboração de um código de ética a ser seguido por fabricantes e desenvolvedores de equipamentos com inteligência artificial, a fim de que estes entes possam seguir padrões de privacidade e respeitem os valores da dignidade humana. Neste sentido, conferir com detalhes em: PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Robotização, inteligência artificial e disrupção. In: PINHEIRO, Patrícia Peck (coord.). *Direito digital aplicado 3.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 32-33.

<sup>90</sup> NAVAS MONDACA, Iván. Op. Cit., p. 116-119.

<sup>91</sup> “Robôs médicos. 33. Sublinha a relevância da educação, da formação e da preparação adequadas para profissionais da saúde, como médicos e prestadores de cuidados, a fim de assegurar o mais elevado nível possível de competência profissional, bem como salvaguardar e proteger a saúde dos doentes; realça a necessidade de definir os requisitos profissionais mínimos que um cirurgião tem de cumprir para poder operar e recorrer a robôs cirúrgicos; considera que é essencial respeitar o princípio da autonomia supervisionada dos robôs, segundo o qual caberá sempre a um cirurgião humano estabelecer o plano inicial de tratamento e tomar a decisão final relativa à sua execução; destaca a relevância especial da formação para os utilizadores para se familiarizarem com os requisitos técnicos neste âmbito; chama a atenção para

<sup>84</sup> Neste sentido: ROTSCHE, Thomas. Criminal compliance. *InDret*: revista para el análisis del derecho. Barcelona, n. 1, p. 1-11, jan./2012. p. 6. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

<sup>85</sup> BOCK, Dennis. *Criminal compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 43.

<sup>86</sup> ANTONIO LASCURAIN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136. p. 125-126.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 129.

Ao nosso ver, as disposições dos códigos de ética se configurariam como normas pré-jurídicas<sup>(92)</sup> de cuidado, devendo ser englobadas na supracitada categoria das “normas primárias de redução de riscos” e incorporadas ao juízo de tipicidade da conduta<sup>(93)</sup>. Muito mais do que o Estado, as próprias pessoas coletivas e entidades setoriais são quem possuem melhores condições de identificar e gerenciar os riscos derivados dessas novéis tecnologias, deter-

minando os procedimentos e padrões de conduta aceitáveis no caso.

Desta feita, para além de ser um instrumento de auxílio ao Estado na prevenção, investigação e repressão de eventuais ilícitos, bem como de identificação e gerenciamento de potenciais riscos na seara da inteligência artificial na saúde, os programas de *compliance* e, em especial, as diretrizes e normativas internas deles decorrentes, são muito importantes na delimitação do risco permitido no juízo de tipicidade do comportamento.

Contudo, infelizmente não vislumbramos por ora, no ordenamento jurídico português, maiores incentivos para que as pessoas coletivas do setor implantem os programas em comento. Conforme classificação proposta por Engelhart, dentre os seis progressivos níveis de influência estatal na promoção da autorregulação empresarial, e tendo-se em vista que o maior deles — nível 6 — seria uma obrigação geral das pessoas coletivas de os implantarem, a qual, até onde temos notícia, não existe em qualquer ordenamento, a maior dentre as mais factíveis seria uma vinculação de nível 5, consubstanciada na exclusão da responsabilidade penal das pessoas coletivas pela implantação de um programa de *compliance* eficaz<sup>(94)</sup>.

Todavia, não apenas essa possibilidade queda prejudicada diante da inexistência de responsabilidade penal das pessoas coletivas para a maioria dos crimes aqui analisados, como ainda, conforme já tivemos a oportunidade de expor em outras oportunidades<sup>(95)</sup>, o próprio modelo de imputação

55

a tendência crescente no sentido de um autodiagnóstico recorrendo a robôs móveis e, por conseguinte, alerta para a necessidade de os médicos receberem formação para fazer face a casos de autodiagnóstico; considera que a utilização de uma tal tecnologia não deve afetar nem prejudicar a relação entre um médico e o paciente, devendo, pelo contrário, assistir os médicos na realização do diagnóstico e/ou tratamento dos doentes, a fim de reduzir o risco de erros humanos e aumentar a qualidade a esperança de vida; 34. Considera que os robôs médicos continuam a abrir caminho na execução de cirurgias de alta precisão e de procedimentos repetitivos e têm potencial para melhorar os resultados da reabilitação e prestar apoio logístico altamente eficaz nos hospitais; observa que os robôs médicos têm igualmente potencial para reduzir os custos relacionados com os cuidados de saúde, permitindo que os profissionais centrem a sua atenção na prevenção e não no tratamento e disponibilizando mais recursos orçamentais para uma melhor adaptação à diversidade das necessidades dos doentes, à formação contínua dos profissionais de saúde e à investigação; 35. Insta a Comissão a assegurar, antes da data de entrada em vigor do Regulamento relativo aos dispositivos médicos(7), que os procedimentos relativos aos ensaios de novos dispositivos robóticos no domínio médico sejam seguros, especialmente quando se trata de dispositivos para implantação no corpo humano;” (PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu (2015/2103(INL))*: que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. 16.2.2017. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html#title1&gt;](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1&gt;), acesso em 24 de janeiro de 2020>. Acesso em 21 de dezembro de 2020).

<sup>92</sup> Wolfgang Frisch propõe uma classificação segundo a qual, para além da limitação de riscos através do direito penal, há condutas que são reguladas por normas (I) “pré-jurídicas” — programas de redução de riscos, *lex artis*, diretrizes éticas -; (II) “pré-jurídico-penais” — Códigos de Circulação de Veículos e Códigos de Ética Médica, por exemplo; e (III) aquelas que não encontram regulação em normas de cuidado. Cfr. em: FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la Edición Alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 106-156.

<sup>93</sup> Segundo Frisch, quando o agente atuar de acordo com a norma de cuidado e essa puder ser considerada, sob uma perspectiva *ex ante*, suficiente e adequada para a redução dos riscos concretamente afetados, a conduta não poderá ser considerada típica. Neste sentido: FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 126.

<sup>94</sup> ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>. p. 22-30.

<sup>95</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar — Portuguese Law Review*, v. 2, n. 2, p. 191-224, jul. 2018. p. 202-203. Disponível em: <<http://www.portugueselawreview.pt/archives/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020; CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio

penal destes entes adotado pelo sistema Português atribui pouca relevância aos programas em análise, se limitando os seus aproveitamentos à tímida e casuística possibilidade prevista pelo Art. 11º, “6”, do Código Penal<sup>(96)</sup>. Desta feita, inobstante o potencial dos programas de *compliance* como um dos instrumentos de solução de algumas das questões aqui levantadas, a abrangência de sua implementação por pessoas coletivas da área da saúde e da inteligência artificial ainda é incerta e dependente de uma futura revisão de aspectos legais e regulatórios.

No que toca às implicações da inteligência artificial na responsabilidade penal individual na seara médica, observamos duas particularidades impostas pela imprevisibilidade e pela opacidade que são inerentes a estes novéis entes. No que toca ao primeiro aspecto, conforme já salientamos exaustivamente ao longo do texto, um dos diferenciais dos agentes artificiais inteligentes reside justamente na sua capacidade de interpretação e aprendizado independentes de atuações humanas, tendo eles, inclusive, a capacidade, de alterar seus próprios algoritmos caso assim entendam necessário.

No plano jurídico-penal, isso quer dizer que o *output* desses sistemas é muitas vezes imprevisível, não tendo, nestes casos, o desenvolvedor e menos ainda, o usuário direto da tecnologia, condições de antever a atuação destes agentes. Ora, sendo o juízo de previsibilidade fundamental para a aferição da tipicidade de certas condutas<sup>(97)</sup>, nos parece dever ser rechaçada a tipicidade do comportamen-

to dos intervenientes humanos, especialmente dos programadores dos algoritmos, nos casos em que a atuação do agente inteligente que levou a determinada lesão tenha sido totalmente imprevisível.

Neste sentido, inserindo esse juízo no plano da teoria da imputação objetiva, Roxin explica que quando um resultado era totalmente imprevisível ou não evitável, ou estaremos diante da inexistência da criação de um risco para o bem jurídico ou então da sua não realização no resultado<sup>(98)</sup>. Ainda que inserindo a questão no tipo de culpa negligente, Figueiredo Dias, por sua vez, também entende ser essencial a capacidade pessoal de previsão do resultado e do processo causal, mesmo nos casos de negligência inconsciente<sup>(99)</sup>. De uma forma ou de outra, parece-nos ser fundamental para que o agente seja responsabilizado a título de negligência — seja por homicídio, seja por ofensa à integridade física — que o resultado lesivo seja ao menos previsível, o que, no plano da inteligência artificial, poderá em grande parte das vezes não ocorrer.

Nomeadamente no que se refere à opacidade dos sistemas de inteligência artificial, dentre as inúmeras implicações jurídicas que essa questão pode apresentar, vislumbramos, no plano do direito penal da medicina, dificuldades referentes ao consentimento livre e esclarecido. Conforme bem explica Flávia Siqueira, a autonomia do paciente pode ser entendida como “o direito de tomar suas próprias decisões sobre intervenções médicas”, conferindo-lhe “o domínio ou direito soberano so-

Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. p. 272 e ss. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77092>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

<sup>96</sup> “Art. 11º [...] 6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito” (PORTUGAL. Op. Cit.).

<sup>97</sup> Neste sentido: FRISCH, Wolfgang. Op. Cit., p. 119-120.

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 5ª. reimpressão. Madrid: Civitas, 2008. p. 1000-1001.

<sup>99</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 901.

bre o território do próprio corpo<sup>(100)</sup>. Essa autonomia englobaria (I) o direito de não ser submetido a tratamentos médicos contra a sua vontade ou sem seu consentimento; (II) o direito de escolha quanto aos tratamentos aos quais se submeterá; e (III) o direito de recusá-los, ainda que eles sejam vitais. A vontade livre do paciente seria expressada através do imprescindível consentimento livre e esclarecido, que não apenas atribui legitimidade à intervenção médica, mas também gera a estes profissionais os deveres de não impedir a vontade do paciente e de não interferir em sua esfera corporal sem informa-lo de tudo o que for necessário para a tomada de uma decisão autônoma<sup>(101)</sup>.

Conforme explica Paulo Pinto de Albuquerque, no caso do ordenamento jurídico português, nos termos do Artigo 150º CP, a intervenção médica com fins terapêuticos, quando consentida, não é sequer típica, constituindo o consentimento em verdadeiro acordo entre médico e sujeito passivo<sup>(102)</sup>. Por sua vez, a intervenção médico-cirúrgica realizada sem o consentimento válido e eficaz é tipificada pelo Art. 156.º CP, que ao prever o crime de *Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*, tutela nitidamente uma específica dimensão da liberdade pessoal, qual seja, o *livre direito de autode-*

*terminação da pessoa sobre o seu corpo*<sup>(103)</sup>-(104).

Qual seria, porém, o conteúdo da informação a ser prestada ao paciente? Essa é uma pergunta-chave na temática em análise, uma vez que, conforme já salientado, o *input* e os métodos do *machine learning* são poucas vezes auditáveis, e quando o são, padecem de tamanha complexidade que os médicos e principalmente os pacientes, dificilmente terão condições de entendê-los.

Conforme explica María del Carmen Gómez Rivero, não seria conveniente e até mesmo possível, que absolutamente todos os pormenores do ato médico fossem informados ao paciente, mas tão somente os que sejam essenciais e necessários para uma decisão livre<sup>(105)</sup>. Para Hilgendorf, o esclarecimento deve “capacitar o paciente a avaliar os riscos e benefícios da intervenção e tomar uma decisão autodeterminada com base nas informações fornecidas a ele”<sup>(106)</sup>. O Artigo 44º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal parece ir em caminho semelhante, ao prever que o dever

<sup>100</sup> SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 19-53. p. 23.

<sup>101</sup> SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 128.

<sup>102</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 573.

<sup>103</sup> Artigo 156.º. Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. 1 - As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa. (PORTUGAL. Op. Cit.)

<sup>104</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico — o consentimento presumido. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 55-78. p. 62-63.

<sup>105</sup> GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 83.

<sup>106</sup> HILGENDORF, Eric. Op. Cit., p. 53.

de esclarecimento deve abranger o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença, e ser feito, sempre que possível, com base em dados probabilísticos e incluindo as necessárias informações para que o paciente tome uma decisão consciente<sup>(107)</sup>. Da mesma forma, o Código Penal Português, em seu Art. 157.º, prevê que o esclarecimento só será eficaz “quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”.

Ora, nos casos em que o diagnóstico ou intervenção médica é feita através ou com o auxílio da inteligência artificial, parece-nos fundamental que o paciente seja informado dessa utilização, dos riscos já conhecidos da mesma e, tão somente na medida do possível, dos procedimentos aplicados pela tecnologia. Conforme explica Flávia Siqueira ao abordar os efeitos da (não)indicação médica<sup>(108)</sup> na necessidade de consentimento, seus impactos se limitam à intensidade do dever de esclarecimento, de maneira com que quanto menos indicada for deter-

minada intervenção, mais intensa será a obrigação do médico, de informação e esclarecimento a respeito das contraindicações e possíveis efeitos lesivos<sup>(109)</sup>.

Em não havendo maiores informações sobre o porquê de determinado diagnóstico ou até mesmo das hipóteses que foram eliminadas pelo algoritmo, devem os pacientes ser informados deste quadro de incertezas, juntamente com os potenciais benefícios e possíveis efeitos negativos desta tecnologia e do tratamento indicado. A falta ou insuficiência deste esclarecimento “fere de morte” a eficácia de eventual consentimento do paciente, configurando intervenção ou tratamento médico arbitrário, subsumível no tipo do Art. 156.º do Código Penal.

Ora, é certo que, se a generalidade dos pacientes confiará ou não na aplicação dos sistemas de inteligência artificial para seus tratamentos é algo que somente a experiência empírica irá nos dizer. Contudo, em respeito às suas respectivas autonomias, deve o médico, na medida do possível, sempre esclarecê-los e permitir uma participação nas decisões, já que, conforme relembra Luiz Carlos Lobo, serão eles, em último termo, que sofrerão as consequências das decisões médicas<sup>(110)</sup>. E é até mesmo por isso que não vislumbramos a completa substituição desta profissão pela inteligência artificial, ainda que esta venha a apresentar taxas de

<sup>107</sup> “Artigo 44º (Esclarecimento do médico ao doente) 1. O doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença. 2. O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspectos relevantes de actos e práticas, dos seus objectivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência. 3. O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente. 4. O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural. 5. O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e dando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar com decisão consciente”. (ORDEM DOS MÉDICOS. *Regulamento nº 14/2009, da Ordem dos Médicos*: Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Disponível em: <[https://www.arslvt.min-saude.pt/uploads/writer\\_file/document/65/08-2009.pdf](https://www.arslvt.min-saude.pt/uploads/writer_file/document/65/08-2009.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2020).

<sup>108</sup> “As intervenções indicadas são aquelas objetivamente conhecidas e recomendadas, sob o ponto de vista da ciência médica, para o fim curativo almejado” (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 345).

<sup>109</sup> SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 19-53. p. 29. A autora cita como exemplo o caso hipotético de uma paciente que, após submeter-se a uma análise genômica, toma conhecimento de uma predisposição genética ao câncer. Segundo a autora, é possível a realização de uma cirurgia — validamente consentida — para a extração de seus ovários, útero e seios, mesmo que ainda não esteja a paciente acometida pela doença. No entanto, em razão da ausência de indicação médica para a cirurgia, há um dever de esclarecimento mais acentuado por parte do médico. Cfr. detalhadamente em: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 345.

<sup>110</sup> LOBO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 190.

acerto superiores às humanas, já que se o algoritmo é muito eficaz na explicação do *know-what*, o médico ainda é o único capaz de tentar explicar ao paciente o *know-why*, aliviando a sua angústia<sup>(111)</sup>.

### Considerações finais

Conforme restou demonstrado ao longo do presente trabalho, a inteligência artificial possui um grande potencial de aplicação no âmbito médico, seja mediante os programas de auxílio nos atendimentos clínicos e em diagnósticos, ou através de equipamentos robóticos de auxílio em cirurgias e *wearable devices*, que permitem o monitoramento pessoal e pequenas intervenções nos pacientes, ou até mesmo através da predição de doenças futuras e de suicídios.

Contudo, se o setor da saúde é um dos mais promissores em termos de aplicação destas novéis tecnologias, por outro e em razão da sensibilidade dos dados e dos interesses em jogo, é também um dos que impõem as mais complexas questões aos operadores do direito, demandando, portanto, desde já, as necessárias reflexões referentes à regulação, à proteção dos pacientes e de seus dados, à auditoriabilidade e transparência de seus procedimentos e à responsabilidade por eventuais danos causados pelos agentes artificiais inteligentes.

No que se refere especificamente à matéria penal, observamos no tópico derradeiro que a opacidade e a imprevisibilidade da inteligência artificial, bem como a complexidade dos setores nos quais ela é desenvolvida e operada, impõe à dogmática da matéria desafios inéditos, especialmente em termos de delimitação da tipicidade dos comportamentos das pessoas físicas e de delimitação da autoria, nomeadamente em função da inexistência de

responsabilidade penal das pessoas coletivas para a grande maioria dos crimes ora em análise, bem como pela imputabilidade penal — ao menos por ora — dos agentes artificiais inteligentes.

Desta feita, a fim de haver condições de procedimento em face da novel criminalidade relacionada à inteligência artificial no setor da medicina, deve ser revisitada e refletida a parte geral do direito penal, para que alguns de seus clássicos institutos sejam adaptados em face da realidade científica e tecnológica esperada para a década que se inicia. A extensão e, principalmente, a dogmática da responsabilidade penal das pessoas coletivas deve ser repensada, para que possa ser um instrumento de efetiva promoção da autorregulação empresarial e de incentivo à adoção de programas de *compliance* eficazes, que possam não apenas colaborar nas atividades estatais de prevenção, investigação e repressão de condutas ilícitas, mas também, de uma posição inegavelmente privilegiada, atuar na identificação e gerenciamento dos riscos desta seara e na definição dos competentes *standards* de atuação para o setor.

A dinamicidade deste âmbito colocará à prova o caráter secundário do direito penal, devendo receber uma especial atenção as normas primárias de redução de riscos, sejam elas normas administrativas, códigos de ética e de conduta, normas deontológicas profissionais ou *lex artis* da categoria, que são capazes de melhor acompanhar os desenvolvimentos tecnológicos e científicos e delimitar de maneira mais precisa e objetiva, o âmbito de permissibilidade da conduta dos intervenientes humanos.

Por fim, cumpre salientar que os indiscutíveis riscos derivados da aplicação da inteligência artificial no setor médico não podem justificar um desrespeito ao direito penal do fato e ao princípio da culpabilidade. Com isso, por mais óbvio que possa parecer, queremos dizer que médicos, institui-

<sup>111</sup> LOBO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 190.

ções hospitalares e desenvolvedores de algoritmos não poderão ser objetivamente responsabilizados tão somente pela função ou cargo que ocuparem, quando os danos em questão — muitas vezes imprevisíveis — não puderem lhes ser imputados ao menos a título de negligência.

## Referências

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- ALLAIN, Jessica S. From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems. *Louisiana Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1049-1079, 2013. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol73/iss4/7>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico — o consentimento presumido. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 55-78.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 6, p. 1475-1503, 2017. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017\\_06\\_1475\\_1503.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf)>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.
- BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, v. 3, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2053951715622512>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77092>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.
- CHUNG, Jason. What should we do about artificial intelligence in health care? *Health Law Journal*, v. 22, n. 3, p. 37-40, 2017.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Riesgo e imputación: especial consideración de los riesgos derivados de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 69-95, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine Rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Dunkler & Humblot, 2012.
- ENGELHART, Marc. *The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes*. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>
- ESTELLITA, Heloísa; LEITE, Alaor. Veículos autônomos e direito penal: uma introdução. In: ESTELLITA, Heloísa; LEITE, Alaor (org.). *Veículos autônomos e direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 15-36.
- FERREIRA, Ana Elisabete. Responsabilidade civil extracontratual por danos causados por robôs autônomos — breves reflexões. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XXV, n. 27, p. 39-63, dez./2016. [https://doi.org/10.14195/1647-8630\\_27\\_3](https://doi.org/10.14195/1647-8630_27_3)
- FIDALGO, Sónia. As (novas) tecnologias e o (velho) problema da determinação da responsabilidade penal nas equipas médicas. *Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1, p. 157-169, jan./mar. 2020. <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i1.618>
- FIDALGO, Sónia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho. In: ANDRADE, Ma-

- nuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 417-435.
- FILHO, Fabrício; NAKAGAWA, Liliane. DeepMind se junta oficialmente ao Google Health. *Olhar Digital*, 20 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/deepmind-se-junta-oficialmente-ao-google-health/90562>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GARCIA, Manuel Míguez; RIO, J. M. Castela. *Código penal — parte geral e especial*: com notas e comentários. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- GLEB, Sabine; SILVERMAN, Emily; WEIGEND, Thomas. If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability. *New Criminal Law Review*, v. 19, n. 3, p. 412-436, 2016.
- GLEB, Sabine; WEIGEND, Thomas. Intelligente Agenten und das Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 126, n. 3, p. 561-591, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2724843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2724843)>. Acesso em 15 de dezembro de 2019.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GOUVEIA, Steven S. O problema da lacuna de responsabilidade na inteligência artificial. In: CURADO, Manuel; FERREIRA, Ana Elisabete; PEREIRA, André Dias (coord.). *Vanguardas da responsabilidade*: direito, neurociências e inteligência artificial. Coimbra: Petrony Editora, 2019. p. 171-184.
- HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Tradução e notas de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- JACKMAN, Molly; KANERVA, Lauri. Evolving the IRB: building robust review for industry research. *Washington and Lee Law Review Online*, v. 72, n. 3, p. 442-457, jun. 2016. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr-online/vol72/iss3/8/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva*: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar — Portuguese Law Review*, v. 2, n. 2, p. 191-224, jul. 2018. Disponível em: <<http://www.portugueselawreview.pt/archives/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi Law Review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931\\_conpedilawreview/2018.v4i1.4514](http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514)>. Acesso em 22 de janeiro de 2020.
- JANUÁRIO, Túlio Xavier. Veículos autónomos e imputação de responsabilidades criminais por acidentes. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 95-128.
- JESUS, Tiffany Cunha de. Inteligência artificial: a responsabilidade civil do robô. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). *Direito digital*: debates contemporâneos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 43-54.
- KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, p. 15-25, jan./fev. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>>. Acesso em 22 de janeiro de 2020.
- LOBO, Luiz Carlos. Inteligência artificial e medicina. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 2, p. 185-193, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/30605>>. Acesso em 08 de janeiro de 2020.
- MACHADO, Lécio Silva. Médico robô: responsabilidade civil por danos praticados por atos autônomos de sistemas informáticos dotados de inteligência ar-

tificial. *Lex Medicinæ*: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 16, n. 31-32, p. 101-114, 2019. Disponível em: <<http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-16-n%C2%BA-31-32>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

MARKS, Mason. Artificial Intelligence-Based Suicide Prediction. *Yale Journal of Law & Technology*, v. 21, p. 98-121, 2019. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3324874##](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3324874##)>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 265-292.

NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 111-130.

ORDEM DOS MÉDICOS. *Regulamento nº 14/2009, da Ordem dos Médicos*: Código Deontológico da Ordem dos Médicos. Disponível em: <[https://www.arslvt.min-sau.de.pt/uploads/writer\\_file/document/65/08-2009.pdf](https://www.arslvt.min-sau.de.pt/uploads/writer_file/document/65/08-2009.pdf)>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu (2015/2103(INL))*: que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. 16.2.2017. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html#title1&gt;](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1&gt;), acesso em 24 de janeiro de 2020>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Big-data, e-health e “autodeterminação informativa”: a Lei 67/98, a jurisprudência e o regulamento 2016/679 (GDPR). *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, v. 15, n. 29, p. 51-70, 2018. Disponível em: <[https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-](https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-15-n%C2%BA-29-janeirojunho)

[-15-n%C2%BA-29-janeirojunho](https://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/revistas/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-15-n%C2%BA-29-janeirojunho)>. Acesso em 16 de janeiro de 2020.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O médico-robô e os desafios para o direito da saúde: entre o algoritmo e a empatia. *Gazeta de Matemática*, ano LXXX, n. 189, p. 30-34, nov. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck Garrido. Robotização, inteligência artificial e disrupção. In: PINHEIRO, Patrícia Peck (coord.). *Direito digital aplicado 3.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 29-32.

PORTUGAL. *DL n.º 48/95, de 15 de Março*: Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

PORTUGAL. *Lei nº 32/2006*: Procriação medicamente assistida. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107743775/201909191301/73449188/diplomaPagination/diploma/1>>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

PRICE II, William. Nicholson. Artificial Intelligence in Health Care: applications and legal issues. *U of Michigan Public Law Research Paper No. 599*, p. 1-7, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3078704>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Inteligência artificial no direito penal — a justiça preditiva entre a americanização e a europeização. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 11-58.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. *InDret*: revista para el análisis del derecho. Barcelona, n. 1, p. 1-11, jan./2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. 5ª. reimpressão. Madrid: Civitas, 2008.

- SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 19-53.
- SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no direito penal*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 59-94.
- SOUSA, Susana Aires de. Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, DF, n. 14, p. 21-37, jul./dez. 2020. <https://doi.org/10.46901/revistadapu.i14.p21-37>
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinicius de. Sobre os ombros de robôs? A inteligência artificial entre fascínios e desilusões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-82.
- STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; JESUS, Diego Santos Vieira de. Possibilidades e potenciais da utilização da inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 53-64.
- STONE, Peter et al. *Artificial Intelligence and life in 2030: one hundred year study on Artificial Intelligence*. Report of the 2015-2016 Study Panel, Stanford University, Stanford, CA, set. 2016. Disponível em: <<https://stanford.io/2tm2Vdt>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.
- UNESCO; COMEST. *SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV: Report of COMEST on Robotics Ethics*. Paris, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.
- WIMMER, Miriam. Inteligência artificial, algoritmos e o direito um panorama dos principais desafios. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15-30.



# O ESTATUTO JURÍDICO DO CADÁVER, O CEMITÉRIO E O CULTO<sup>(1)(2)</sup>

Nuno Samelo

**Resumo:** *A Lei atribui ao cadáver importância suficiente para que o mesmo não seja catalogado como coisa, mas entre coisa e Pessoa. Foi por meio dessa premissa que discorri na minha dissertação de mestrado. Neste artigo, analiso o conceito de tutela da personalidade humana, o princípio de uma personalidade humana e alguns outros conceitos em torno do assunto da tutela post-mortem. Além disso, neste artigo falo sobre a qualificação jurídica do cemitério e sobre o direito ao culto.*

**Palavras-Chave:** *personalidade post-mortem, cadáver, cemitérios, culto dos mortos.*

**Abstract:** *The Law assigns to the corpse sufficient importance for the same do not be cataloged as thing, but between thing and Human being. Was through this premiss, that I discourse in my master thesis. In this article I analyze the concept of a human personality guardianship, the principle of a human personality and some other concepts around this subject of post-mortem guardianship. Also, in this article I speak about the legal qualification of cemetery and about the reverence of dead person.*

**Keywords:** *personality post-mortem, corpse, cemetery, reverence of dead person.*

## Introdução

Este artigo é parte integrante da Tese de Mestrado de minha Autoria, sob o título: *Aspectos Relativos à Tutela*

*la Post-Mortem da Personalidade Humana no Direito Civil: Uma Abordagem Juscivilística do Problema dos Cemitérios.* Defendida no âmbito do Mestrado na área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, no ano de 2015. Com a actualização referente à Lei 8/2017 de 3 de Março de 2017.

A tese aborda vários problemas de Direito Fúnebre, que no caso são serão tratados no presente artigo, nomeadamente: a tutela da personalidade ao longo do tempo, a tutela da personalidade humana considerando a ideia de dignidade humana, a questão da titularidade do Bem Jurídico e Legitimidade Processual na tutela *post-mortem* e problemas anexos.

A escolha dos capítulos integrantes do presente artigo teve como principal desígnio reflectir, a Tese da tese: a “descoisificar” o cadáver. Uma temática que no hodierno mundo jurídico têm escasso tratamento jurídico, nomeadamente legislativo e doutrinal.

Deste modo faremos uma abordagem sobre o Estatuto jurídico do Cadáver, defendendo a ideia dignificação do cadáver, no caminho de Gomes da Silva. Realizando uma análise a vários ramos do Ordenamento Jurídico Português, (com predomí-

<sup>1</sup> Esta tese foi redigida segundo o antigo acordo ortográfico. As citações de obras antigas foram redigidas em língua portuguesa com a ortografia do aludido acordo.

<sup>2</sup> Siglas e Acrónimos: Ac. — Acórdão. Art. — Artigo. BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. CC — Código Civil. CP — Código Penal. CPC — Código Processo Civil. Rev.

— Revista. STJ — Supremo Tribunal de Justiça. STA — Supremo Tribunal Administrativo. TCA-N. — Tribunal Central Administrativo Norte. TCA-S. — Tribunal Central Administrativo Sul. TRGuim. — Tribunal da Relação de Guimarães. TRPort. — Tribunal da Relação do Porto. TRCbr. — Tribunal da Relação de Coimbra. TRLbs. — Tribunal da Relação de Lisboa.

nio no Direito Civil), nos quais se encontra patente a nossa tese, mas faltando contudo, um projecto legislativo que abarque esta temática e um discussão doutrinal sobre o tema, na actualidade.

O artigo aborda igualmente, a questão dos Cemitérios, a sua natureza dominial e os problemas referentes à propriedade. Concluindo com o estudo ao Culto dos falecidos. Tema ilustrado por uma controvérsia jurisprudencial, emergente também pela falta de legislação sobre a matéria.

### O estatuto jurídico do Cadáver

Uma das questões nucleares que se colocam nesta tese prende-se com a qualificação jurídica do cadáver, e as suas consequências.

Para existir um cadáver, tem de ocorrer o fenómeno morte. Com ela, cessa a personalidade jurídica<sup>(3)</sup>. O critério actual é o da morte cerebral e consequentemente de acordo com a Lei n.º 141/99 de 28 de Agosto na norma de seu 2º artigo encontramos a definição legal de morte: “A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.”

No entanto, casos há em que a morte é presumida. Estamos perante a norma do art. 68.º n.º 3 Código Civil<sup>(4)-(5)</sup> (doravante C.C.).

Será que, cessando a personalidade jurídica, o cadáver se transforma num mero objeto, numa coisa? Serve como paradigma o presente caso:

<sup>3</sup> De referir que nem sempre foi este o modo de cessar de personalidade jurídica como invoca Oliveira Ascensão, em seu *Direito Civil — Teoria Geral*, vol I, *Introdução — As Pessoas — Os Bens*, Coimbra, Coimbra editora 1997, pp. 48, “Historicamente admitiram-se outras hipóteses, como a redução à escravidão.”

<sup>4</sup> “Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela”.

<sup>5</sup> Vide C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra editora, 2005 pp. 206-207.

“[um] fotógrafo introduz-se na câmara mortuária de Bismarck, contra a proibição da família deste, e obtém uma fotografia do seu cadáver. [/] Põe-se o problema da personalidade depois da morte: tratava-se da fotografia de um ser humano? ... de um objecto? ... a quem pertencia? ... ao que foi (ou que é)? ... aos seus herdeiros? ... aos seus parentes mais próximos? ... E, por contraste, o problema da vida — do ser-que-vai-morrer — também se põe como pressuposto: o que é uma pessoa humana (o ser-que-nasceu-para-viver)?”<sup>(6)</sup>

Há quem entenda que o cadáver se deve situa mais próximo da personalidade humana, outros que consideram-no uma coisa. Existindo ainda quem se situe entre estes dois paradigmas.

Seguindo a exposição de Gomes da Silva<sup>(7)-(8)</sup>, os primeiros “[fundem-se] mais em intuições oriundas das tendências e atitudes correntes a respeito do cadáver do que em princípios de ciência jurídica (...)” [/] [Os segundos] sustentam que o cadáver se deve enquadrar na noção jurídica de coisa, e apenas se dividem no tocante à classificação dele (...) para uns, tratar-se-á de coisa no comércio, para outros de coisa, fora do comércio. [/] [E] finalmente, outros ainda defendem soluções intermédias e por vezes pouco definidas”.<sup>(9)-(10)</sup>

No entanto, a constatação de Gomes da Silva é a

<sup>6</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 359.

<sup>7</sup> GOMES DA SILVA, *Esboço de uma Conceção Personalista do Direito* [Reflexões em Torno das Utilizações do Cadáver Humano para Fins Terapêuticos e Científicos], Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XVIII, Lisboa, 1964. pp. 51

<sup>8</sup> A obra referida de Gomes da Silva encontra-se subdividida em dois volumes da Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o n.º XVII e o XVIII.

<sup>9</sup> GOMES DA SILVA, *Conceção Personalista...*, XVIII, pp. 52.

<sup>10</sup> Vide ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO, *Boletim do Ministério da Ivstça*, n.º 94-Março-1960, pp. 49-61.

Apesar de defender no final do parecer o cadáver como “coisa” *extra commercium*. O caminho que traça, tece uma série de incursões que se aproximam de uma tese intermédia.

de que é a qualificação do cadáver como coisa a mais defendida. Diz o autor que, “[p]artindo-se da divisão rígida de toda a realidade exterior ao direito em pessoas e coisas, deduzida de postulados puramente formais e logicistas, entende-se que o cadáver, não sendo pessoa, é forçosamente coisa; era esta, por exemplo, a argumentação de Dias Ferreira<sup>(11)</sup>, quando afirmava que “[o] cadáver, posto que não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fora do comércio (...) está indubitavelmente compreendido na categoria das coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade (art.º 369.º [Código de Seabra])”.<sup>(12)</sup> O mesmo entendimento existe em Carvalho Fernandes Ao afirmar que “sem esquecer a atenção que a esses sentimentos dominantes sobre o significado do cadáver humano deve ser dada, não parece, porém, que lhe possa caber outra qualificação que não seja a de coisa. Nem por isso pode deixar de se ter em conta que a sua natureza justifica de um regime particular, desde logo, na sua extracomercialidade: o cadáver pertence à categoria de coisas fora do comércio jurídico.”<sup>(13)</sup>

Entre os autores que defendem que o cadáver é uma coisa, denota-se uma divergência: há quem entenda que o cadáver é coisa no comércio (pelo menos de modo mitigado) e quem entenda que o é fora do comércio. No primeiro grupo, encontramos Cabral de Moncada<sup>(14)</sup>. No segundo grupo, encontramos

Dias Ferreira e De Cupis.

A posição de “coisificar” o cadáver é pungentemente criticada por Gomes da Silva. Entende que essa natureza “não traduz com rigor o pensamento profundo dos autores [do Código]. Para se ver que essa é a realidade basta considerar a circunstância de quase sempre os problemas relacionados com o cadáver serem versados a propósito de direitos de personalidade. [/] E compreende-se bem que assim seja. [/] Antes de mais, e por muito tecnicistas que os autores se confessem (...), eles não podem deixar de ser sensíveis às tradições e às crenças respeitantes ao cadáver, e essas são todas no sentido (...) de atribuir a este significado ético e de o aproximar de realidades de carácter moral e [ou] religioso, insusceptível de caberem na mera ideia de coisa”.<sup>(15)</sup>

Entende que a crise da distinção entre pessoa e coisa advém do decisionismo<sup>(16)</sup> e do normativismo<sup>(17)</sup>, tendo como consequência estas correntes “a natureza formal das noções básicas do direito, nomeadamente das de pessoa e coisa”<sup>(18)</sup>.

Gomes da Silva empreende nesta temática uma

converteu num mero despojo material. (...) Trata-se de uma coisa só relativamente comerciável”. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil Parte Geral*, 2.ª edição Revista e Atualizada, vol. II, Coimbra, 1955, depositário Arménio Amado. pp. 138.

Interessante é verificar que também ao Doutrinador lhe repulsa esta catalogação, no entanto prefere atender ao formalismo dos conceitos, inversamente a questioná-los, tal como aludiremos seguidamente.

<sup>11</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 175-176.

<sup>12</sup> Segundo Gomes da Silva, “para o decisionismo, a lei constrói arbitrariamente as realidades jurídicas, a sabor da vontade dos governantes ou da maioria dos membros da sociedade (a «vontade social», captada por meios empíricos)”. GOMES DA SILVA, *Concepção Personalidade...*, XVIII, pp. 55.

<sup>13</sup> Sendo que “para o normativismo eivado de idealismo e logicismo, a doutrina jurídica transforma-se numa pura técnica formal, reduzindo-se a realidade jurídica a conceitos técnicos e a relações lógicas entre eles descobertas por simples Proc.s racionalistas.”, GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 55.

<sup>14</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 56.

<sup>11</sup> “O cadáver, posto que não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fora do comércio (...) está indubitavelmente compreendido na categoria de coisas, por ser tudo o que carece de personalidade”. DIAS FERREIRA, *CÓDIGO Civil Português- Anotado...* pp. 6.

<sup>12</sup> DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, vol I, 2.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, pp. 6. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 174.

<sup>13</sup> CARVALHO FERNANDES, *A Definição de morte. Transplante e outras utilizações do cadáver*, Revista *Direito e Justiça*, vol. XVI Tomo 2, Universidade Católica Editora, Lisboa 2002, pp. 39.

<sup>14</sup> “[O] cadáver humano que, embora aos nossos sentimentos de piedade repugne assimilar, dentro do mesmo conceito de coisa, a todas as outras, contudo é manifestamente uma «coisa», depois que se

pretensão de retractar a juridicidade, na esteira de Savigny que cita (a propósito do que este autor afirmou relativamente às leis romanas da família): “as legislações isoladas dos costumes podem dar uma ideia muito imperfeita da realidade social.”<sup>(19)</sup> Crítica, deste modo, Cabral de Moncada e De Cupis, que denotam mais interesse em architectar construções teóricas. O primeiro refere “que «tudo se pode sustentar quando se trata de construções puramente teóricas como esta»”<sup>(20)</sup>, e o autor italiano refere “que se trata de um problema de construção dogmática, de interesse essencialmente teórico, e que, quando se tenha clara consciência dos fins práticos do direito, logo se advertirá nos limites da importância de tais problemas.”<sup>(21)</sup> Gomes da Silva entende “que a eticidade — e com ela, a juridicidade — pertencem à própria essência do homem e de que, portanto, o direito não é simples superestrutura artificialmente sobreposta à realidade (...) a elaboração doutrinal destina-se a revelar a verdade jurídica, e ainda que esse fim possa ser demandado por meios de técnicas diferentes ou por linhas de pensamentos variáveis, o objecto em si não muda e nele há-de residir o critério para apreciar os resultados obtidos”.<sup>(22)</sup> A sua opinião é conclusiva ao entender que “[o] respeito e veneração pelo cadáver é (...) velho como o mundo, e, se bem se pensar, ver-se-á que ele tem constituído efficacíssima garantia para a personalidade: destituído de vida, incapaz de se defender e abandonado, portanto, à piedade e à honra dos vivos, o cadáver tem sido um dos mais fortes

diques opostos à torrente dos desregramentos e do materialismo; desprezem-se os despojos do homem, tomem-se eles como coisas, transformem-se em meros objectos, e em breve se começará a perguntar se há diferenças entre eles e o velho moribundo, o imbecil, o delinquente perigoso ou o simples doente que já em si traga o germe de morte.”<sup>(23)</sup>

O problema da “coisificação” reside, segundo o professor de Lisboa, na própria noção de coisa, que poderá ter como consequência a coisificação do próprio homem. Na sua construção, parte de uma noção mais antiga, na qual «coisa» era tudo aquilo o que não tinha *personalidade jurídica* e, portanto, era passível de ser objecto de direitos, para chegar à mais recente na qual só singra a última parte<sup>(24)</sup>. Sendo que esta “circunstância formal, a de a realidade considerada ser *objecto* de direito: coisa seria tudo aquilo que fosse susceptível de ser objecto de direito”<sup>(25)</sup>.<sup>(26)</sup> Deste

<sup>23</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 186—187.

<sup>24</sup> C. A. Mota Pinto, crítica a definição de “coisa” plasmada no CC nestes termos. “[O] artigo 2902.º do [CC] contém a seguinte definição: [/] «Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.» [/] Não pode considerar-se rigorosa tal definição. Acresce não se divisar um qualquer valor operacional ou prático na inclusão de uma definição deste tipo num Código, revestindo a noção explicitada (...) um significado puramente expositivo, de tipo manualístico e, nesse plano, como dissemos, incorrecto. [/] Com efeito há entes susceptíveis de serem objecto de relações jurídicas que não são coisas em sentido jurídico. Pensemos nas pessoas, nas prestações, nos modos de ser ou bens da própria personalidade. [/] Quanto bens imateriais, objecto dos direitos de autor ou de propriedade industrial, e aos direitos, objecto de certas figuras de direito sobre direitos, podem integrar-se no conceito de coisas, embora tenham um regime especial relativamente ao regime geral das coisas e não estejam previstas nas várias classificações das coisas enumeradas no artigo 203.º [CC]. São coisas incorpóreas. [/] Conjugando todas estas ideias podemos definir as coisas em sentido jurídico como «os bens (ou os entes) de carácter estático [excluindo-se deste modo as prestações], desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas.» C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 341-342.

<sup>25</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 66.

<sup>26</sup> Há que ter em conta que a noção, vertida no artigo 202.º CC, é criticada pelos autores, que lembram que há mais objectos de relações jurídicas para além das coisas. Esta crítica mostra como o homem, sendo objecto de relações jurídicas, não se coisifica. Pense-

<sup>19</sup> SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, trad do alemão, I, Paris, Frimin Didot Frères, 1840, pp. 344. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 185.

<sup>20</sup> CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, vol I., 3.º ed. Coimbra, Atlântica, 1959. 74, nota 2.º. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalidade...*, XVII pp. 181.

<sup>21</sup> DE CUPIS, *Il Diritto delle Persone e di Famiglia*, Nápoles, Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1941, pp. 26. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 181.

<sup>22</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, pp. 181.

modo entende que “a doutrina se deixou arrastar ao lançar-se no perigoso declive do formalismo: o próprio homem pode ser «coisa», se ocupar na relação jurídica a posição de objecto. E com isto se quebram as últimas amarras que prendiam a personalidade ao homem - tudo se perde na voragem da abstracção pela abstracção. (...) [A] coisificação do homem encontra ambiente extremamente favorável e é fácil reconhecer-se quanto esse facto enfraquece a defesa jurídica da personalidade e como, em especial no tocante ao cadáver humano, é grave a responsabilidade que lhe pode caber nos piores desregramentos da teoria e da prática.”<sup>(27)</sup>

Cunha Gonçalves perfila-se também nos que entendem que o cadáver não é coisa. “Não têm razão os escritores que exceptuam como imoral somente este acto [refere-se ao acto de exercer comércio tendo como objecto o cadáver] declarando o cadáver como *cousa fora do comércio*; pois ele não é *cousa* enquanto é viva a pessoa que o vendeu e nem mesmo após a morte, porquanto, se a personalidade fica extinta, o cadáver, como resíduo ou invólucro dela, é ainda *objecto de respeito*, sendo punido quem o desacatar (Cód. Pen.: art. 247.º e §§); e certo é que uma simples *cousa* não tem de ser *respeitada*.”<sup>(28)</sup>. Esta posição correspondeu a uma sentença firmada nestes termos: “os restos mortais de qualquer indivíduo juridicamente não podem ter-se como coisas para os tornar susceptíveis de apropriação e propriedade, nos termos do art. 366.º, 479.º e 2167.º do Código Civil [de Seabra], mas sim como pessoa, embora destituída de vida, e, quando menos, relíquias dela”.<sup>(29)</sup>

se, por exemplo, nas relações que têm do lado activo um direito de personalidade.

<sup>27</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 66-68.

<sup>28</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, pp. 304.

<sup>29</sup> Sentença de 31 de Agosto de 1874, Revista de Legislação e Jurisprudência, vol. VII, pp. 345. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção*

A doutrina de Oliveira Ascensão denota o mesmo sentido, “a protecção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte [,] (...), no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanação da pessoa, e não como coisa”.<sup>(30)</sup>

O nosso entendimento não poderia ser outro que não o de repudiar a qualificação do cadáver como coisa. A primeira argumentação tem natureza antropológica e sociológica. Desde sempre, nas mais longínquas latitudes e culturas, o cadáver mereceu honras. Actualmente, mesmo quem não professa nenhuma religião denota para com o defunto uma consideração memorialista, consubstanciada em ritos. Deste modo, o cadáver, apesar de não ser portador de personalidade, não é coisa.

Se o fosse não existiam razões para que o legislador, na norma do art. 21.º do Decreto 44220 de 3 de Março de 1962<sup>(31)</sup>, proibisse os enterramentos em vala comum. Entendemos que para além de estarmos perante medidas de salubridade, estamos igualmente perante uma medida que denota o respeito devido aos mortos. Há, aliás, outros indícios no ordenamento jurídico que mostram o afastamento da ideia de reificação do cadáver.

Assim, existe um subsídio para cerimónias fúnebres. Este pode ser requerido nos casos em que o falecido, aquando a morte, nada tenha deixado, passível de caber em herança, e consequentemente nenhum valor pode ser afectado à cerimónia fúnebre<sup>(32)</sup>. Mais uma vez o Estado, em correspondência dos seus cidadãos, não permite que ninguém seja privado de funeral. De invocar igualmente que nem sequer

*Personalista...*, pp 173-174.

<sup>30</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral...*, pp. 90

<sup>31</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, 3.º edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 24.

<sup>32</sup> Vide art. 2068.º CC. “A herança responde pelas despesas com o funeral (...)”. Sendo este o seu primeiro encargo.

o local da sepultura é negado pelo Estado, como posteriormente melhor relataremos. Qualquer pessoa é sepultada, sem que tenha celebrado contrato de concessão, na medida em que por acto administrativo o Município ou a Freguesia concessionaria, o espaço para a inumação.

Reiteramos o argumento aludido por Gomes da Silva: se o cadáver fosse considerado coisa, o mesmo deveria ter a sua inserção sistemática no capítulo dos direitos reais no CC, e não nos direitos de personalidade.

O mesmo pode ser denotado ao nível do Direito Penal. A profanação, a subtração e a ocultação de cadáveres não são tipificados como crime de dano qualificado, furto, ou outros que tenham como objecto uma coisa como tal. Para além disso, os mesmos crimes não se encontram no título dos crimes contra o património, mas sim no título respeitante aos crimes contra a vida em sociedade. Existindo inclusivamente e no mesmo título o crime de perturbação de cerimónias fúnebres.

Tendo em consideração a tutela penal consignada à personalidade humana, mormente “a bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos”<sup>(33)</sup>, destaca-se, no âmbito penal, a tipificação de crimes que visam a protecção do cadáver e das partes destacadas deste, de sua honra, bom nome e vida privada. Para além do mais, a dignificação do cadáver denota considerações, igualmente importantes, no local de repouso deste.

Depois de este périplo, acresce referir que não consideramos razoável que o legislador dispense ao cadáver uma tutela inferior à que têm os animais

domesticados<sup>(34)</sup>. Se aos animais a tendência doutrinal e legislativa europeia é a da sua “descoificação”<sup>(35)</sup>, o mínimo exigível deverá ser a existência do mesmo estatuto juscivilístico para o cadáver. De notar que em nosso ordenamento jurídico, a Lei 8/2017 de 3 de Março, aditou no Código Civil, o Subtítulo I-A, na qual encontramos o artigo 201-B Artigo 201.º-B, que reza deste modo: “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”. Estando inserida esta norma fora no subtítulo II — intitulado Das Coisas. Deste modo, deixam de ser coisas, nomeadamente pela inserção sistemática. De notar que teleologia do nosso Ordenamento Jurídico, no que se refere ao cadáver, é muito mais densificada, dignificante e mais enraizada no contexto social, histórico e cultural português, do que a se referente ao animal de companhia. Entendemos concomitantemente que a desconsideração do cadáver, tendo em conta a sua “coisificação”, mormente a nível civilístico, sendo já gravoso, o será mais se sob influência dos restantes

<sup>34</sup> Neste âmbito fazemos uma breve referência a esta problemática. cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva juscivilística*, BFDUC, vol. LXXXIX, Coimbra, 2013. Na Austria, Alemanha e França, os animais deixaram de ser coisas, estando doravante protegidos por leis especial, embora de modo subsidiário possa ser aplicado a lei referente a estas. (213-216). “Entre nós, os animais são considerados coisas. Nos termos do artigo 202.º do CC, (...) [assim], técnico-juridicamente as coisas devem ser pensadas como “os bens (ou os entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas” (C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 342). Na esteira de Mafalda Miranda Barbosa, entendemos que “os deveres indirectos [que estes nos merecem] (...) visam, [alternados] ou cumulativamente, três objectivos: a protecção da humanidade (...); a protecção dos interesses particulares (...); a salvaguarda dos bons costumes”. (250). Deste modo advogamos a manutenção da tutela juscivilística que os animais denotam no nosso Ordenamento Jurídico.

<sup>35</sup> Há, no entanto, quem rejeite esta posição. Cf. “[O]s animais são vistos como instrumentos e não como fins em si mesmos. Distanciando-se das pessoas, podem ser utilizados pelos seres humanos para a satisfação das suas necessidades física, espiritual ou cultural.” MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Breve reflexão ... do problema do estatuto jurídico dos animais*, pp. 251.

<sup>33</sup> CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Reimpressão da 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 189.

ordenamentos jurídicos se se sobrepuser a realidade animal. Culminando assim a “desdignificação” do próprio Homem. Deste modo para que o problema da qualificação jurídica do cadáver esteja do ponto de vista do Direito, mais segura, seria relevante que o legislador, legisla-se igualmente sobre esta matéria. Que mais uma vez reiteremos, encontra-se doutrinariamente sustentada, mas ainda sem legislação que a clarifique.

## 8. Dos Cemitérios<sup>(36)-(37)</sup>

Os cemitérios são a *magnum opus* da importância com o qual é valorada a realidade fúnebre. Deste modo cumpre-nos citar Fustel de Coulanges, que coloca numa Obra de Píndaro o relato da origem da necessidade de sepultura. “Frixos f[ô]ra obrigado a deixar a Grécia e fugira para a Cólquida. Morreu neste país; mas embora morto queria regressar à Grécia. Apareceu então a Pélias e ordenara-lhe que vá a Cólquida para de ali trazer a sua alma à Grécia. A sua alma sentia sem dúvida a saudade do solo pátrio”.<sup>(38)</sup>

Considerava-se à época, que “[a] alma que não tivesse o seu túmulo (...) era [condenada à] errância. Em vão aspiraria ao repouso que amava [...] (...) Atormentaria então os vivos (...) para os advertir de que tanto o seu corpo como ela própria queriam sepultura. (...) [À época como refere

o historiador] [t]em-se menos a morte do que a privação de sepultura. (...) [Consequentemente], [n]as cidades antigas a lei pun[ia] os grandes culpados com o castigo desde sempre considerado terrível: a privação de sepultura.”<sup>(39)</sup>

“«Prestai aos deuses manes quanto lhes é devido, diz Cícero, são homens que abandonaram esta vida terrena; considerai-os como seres divinos»<sup>(40)</sup>. [ / ] Os túmulos eram os templos destas divindades”.<sup>(41)</sup> Consequentemente “[n]o conceito da jurisprudência romana, o sepulcro surgiu entendido como *res religiosa* por excelência<sup>(42)</sup>. (...) [Sendo que o] pressuposto fundamental do carácter religioso de um túmulo residia (...), no corpo humano aí depositado.”<sup>(43)</sup>

Os cemitérios materializam a dignificação do cadáver e a tutela da personalidade *post-mortem*, sendo que inclusivamente como anteriormente verificámos é passível de o desrespeito ser previsto e punido como crime. Deste modo cumpre-nos versar sobre o carácter jurídico que denotam em nosso Ordenamento.

Afigura-nos essencial reiterar a importância da norma do art. 21.º do Decreto 44220 de 3 de Março de 1962<sup>(44)</sup> e o artigo 13.º do Decreto 48770 de 18 de Dezembro de 1968 (que serve de modelo dos regulamentos dos cemitérios municipais), no qual também se encontra expresso a proibição das inumações em valas comuns<sup>(45)</sup>. Esta norma é essencial (tendo como objecto para além do carácter de saúde

71

<sup>36</sup> “A palavra cemitério é de origem grega Koimeterion, que significa locus dormitionis, lugar de dormir ou de repousar.”, LEONARDO A. PEREIRA *Aspecto jurídico dos cemitérios em Portugal*, Lumen, vol. XIX, Dezembro de 1955, fasc. XII. pp. 602.

<sup>37</sup> No direito Romano “em regra [*ius sepulchri*], compreendia o direito de ser enterrado (*sepeliri*) e de inumar outrem (*mortuum inferre*); (...) além da faculdade normal de celebrar as cerimónias fúnebres (*parentalia, feralia*)” — cf. RUI MARCOS, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano Alguns aspectos da epigrafia jurídica*, Separata do vol. LXIV (1988) do BFDUC, Coimbra, 1988, pp. 11-12.

<sup>38</sup> PÍNDARO, *Pythic*. IV, 284 — Ed. Heyne. Apud FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*. — *Estados sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, tradução e glossário de Fernando de Aguiar, 11.º edição, Porto, Clássica Editora, 1988, pp. 14.

<sup>39</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 16. vide. ÊSQUILO, *Os Sete Chefes Contra Tebas*, 1031. SÓFOCLES, *Antígona*, 198. LÍSIAS, *Epítaf.*, 7-9.

<sup>40</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 21. CÍCERO, *De Legibus*, II, 9.

<sup>41</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 14-16.

<sup>42</sup> RUI MARCOS, *«Ius Sepulchri» Romano* pp. 4 vid. BIONDO BIONDI, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1972, pp. 158.

<sup>43</sup> RUI MARCOS, *«Ius Sepulchri» Romano*... pp. 6

<sup>44</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, pp. 24.

<sup>45</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, pp. 31.

pública) na dignificação do cadáver<sup>(46)</sup>. Este não é e não pode ser desconsiderado, é merecedor de honra e tem a sua dignidade. No local de sua inumação, tal dignidade encontra o seu limite inultrapassável na individualização do cadáver, não no ultrajante e terrorífico assomar de corpos, desconsiderando não só o cadáver e a pessoa falecida, mas a vida Humana.

Necessário primeiramente é distinguir, o solo dos cemitérios e o contrato que lhes está subjacente, das construções que sobre ele podem ser edificadas, (mormente os jazigos) e os direitos que incidem sobre as aludidas construções.

Quanto à primeira questão, actualmente, não existem dúvidas, que os cemitérios públicos,<sup>(47)</sup> são bens de domínio público<sup>(48)</sup>. Marcello Caetano, apesar da ausência de lei, adopta esta posição, sustentando-o no facto de estes denotarem as características seguintes: “a) são objecto de propriedade de uma autarquia local; b) são destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que faleceram na circunscrição, não sendo lícita a recusa da sepultura fora dos casos especiais previstos na lei; c) é livre o acesso ao campo santo. [/] Possuem pois um índice evidente de utilidade pública<sup>(49)</sup>: o uso directo e imediato do público<sup>(50)</sup>. É aliás o que resulta do

artigo 48.º, *in fine*, da Constituição [de 1933]”<sup>(51)</sup>,<sup>(52)</sup>

Quanto ao contrato, há unanimidade. Estamos perante um contrato de Concessão. No caso em apreço poderemos estar perante um contrato ou um acto de concessão. Encontramo-nos sob a égide de um contrato, quando o que está em causa é a aquisição da titularidade do direito de concessão de uma sepultura, perpétua. Neste caso, temos contrato, no qual os contraentes são a Autarquia e o particular.

Existe antes um acto de concessão, quando quem falece é sepultado em uma sepultura temporária. Nestes casos passando três anos da inumação, se se verificar que terminaram os fenómenos de destruição da matéria orgânica é possível exumar os ossos. Utilizando o mesmo espaço, para posterior inumação de um outro cadáver. Verifica-se que neste caso, o Estado (na veste do órgão Autárquico), em prol da Dignificação do Corpo Falecido (e tendo também em conta situações de salubridade pública) faculta de forma gratuita o espaço para que o corpo de um seu concidadão seja inumado.

Importa ainda referir que, no caso em apreço, estamos perante uma concessão para uso privativo, estas “respeitam unicamente à utilização [neste caso do espaço], não implica[ndo] a [sua] gestão”<sup>(53)</sup>

No quadro das concessões de uso privado para

<sup>46</sup> Conceito legal de “cadáver” de acordo com o DL N.º411/98 de 30 de Dezembro; “Cadáver: o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição de matéria orgânica”.

<sup>47</sup> À contrario, não o são os cemitérios privados, como ressalva Marcello Caetano, “quanto ao cemitérios particulares ainda existentes (...), esses devem considerar-se quando propriedade dos grupos a que interessam, bens patrimoniais”. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, 3.ª reimpressão, Tomo II, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 919-920.

<sup>48</sup> Ac. STA, Proc. N.º 010/02, de 08 de Julho de 2003, relator: ANTÓNIO MADUREIRA.

<sup>49</sup> Ac. STA, Proc. N.º 046143, de 06 de Março de 2002, relator: COSTA REIS.

<sup>50</sup> Ac. STA, Proc. N.º 046143, de 06 de Março de 2002, relator: COSTA REIS.

<sup>51</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10 edição, Tomo II, revista e actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra 1990 Almedina, pp. 919.

<sup>52</sup> “Quer isto dizer que os cemitérios públicos estão apenas submetidos à jurisdição civil com exclusão das jurisdições de quaisquer religiões ou seitas religiosas. (...) [O] cemitério está aberto às práticas culturais de qualquer religião desde que se movam pelos princípios da dignidade (...) e do respeito por todas as demais concepções formalismos ou cerimónias e da natureza do local, que é a de veneração para com todos os mortos (...). [O] cemitério é um lugar neutro às religiões, mas aberto a todas elas e sem que nenhuma goze de privilégios sobre as demais.” LOPES DIAS, *Cemitérios Jazigos e Sepulturas*, Edição de Autor — Depositária, «Coimbra Editora, Lda.» 1963, pp. 359.

<sup>53</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 938.

domínio público, existem duas modalidades. Ou estamos perante uma concessão de aproveitamento imediato ou de concessão para aproveitamento mediato. O nosso caso é qualificado de aproveitamento imediato, tendo em consideração que o que se pretende é o de “tirar proveito da própria coisa dominial. (...) Pertencem a esta classe, entre outras, as seguintes concessões (...) de terrenos nos cemitérios para a sepultura perpétua”<sup>(54)</sup><sub>(55)</sub>

A presente Concessão, pela natureza endógena na qual versa, denota, características particulares<sup>(56)</sup>. Mormente carácter familiar, e relembando o entendimento de Mota Pinto, “[a] família é uma realidade natural e social, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais, em planos ou domínios (...) anteriores (...) ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito considera relevantes, isto é, que reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar.”<sup>(57)</sup>

A transmissibilidade é a desses pontos. É necessário primeiramente saber qual o objecto da transmissão, se estiver em causa a transmissão da mera concessão, sem que no terreno concessionado tenha sido construído jazigo; a regra é a da livre transmissibilidade legal, mas alguns obstáculos poderão existir, na transmissão intervivos, ou mortis-causa (que não sucessão legítima), por rigor dos regulamentos cemiteriais.

No que diz respeito à transmissão<sup>(58)</sup> do jazigo ou sepultura por sucessão legítima, esta “é normal por estar de perfeita conformidade com a concepção «familiar» que tradicionalmente os acompanha<sup>(59)</sup>. Este processo de transmissão é reconhecido e aceite sem contestação.”<sup>(60)</sup> “[A] justificação para tal entendimento radica no facto de ser comumente aceite que a construção de jazigos e sepulturas se destina a preservar os sentimentos de piedade e respeito pelos membros falecidos da família e de se considerar que essa transmissão é a melhor forma de assegurar a continuidade desses sentimentos familiares<sup>(61)</sup><sup>(62)</sup>. Não obstante é necessário proceder ao averbamento no alvará. Documento este que titula a concessão.

<sup>54</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 939.

<sup>55</sup> A questão que se coloca é a seguinte se não forem perpétuas. Cumpre-nos deste modo encetar esforços para resolver o problema em questão. Considerando a legislação fúnebre, entendemos que apesar o parâmetro de Marcello Caetano deverá ser mais lato, ou seja não se centrando única e exclusivamente na sepultura perpétua, mas considerando nos mesmos termos a sepultura temporária, tendo em conta o seguinte fundamento. Se o cemitério não sofrer com faltas de espaço, poder-se-ão prolongar por muitíssimo tempo. Deste modo parece-nos preferível considerar que ambas são integradas na categoria de aproveitamento imediato.

<sup>56</sup> Seguindo a Doutrina de LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 391-392

<sup>57</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 158.

<sup>58</sup> Interessante verificar as diferenças do Direito Romano entre as espécies de sepulcro e as respectivas especificidades de transmissão. RUI MARCOS, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano...* pp. 12 e ss.

<sup>59</sup> Deveremos ter em atenção sempre o “espírito familiar e de perpetuidade que caracteriza as sepulturas.” Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 7.

<sup>60</sup> LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 395-396.

<sup>61</sup> Interessante neste contexto de tecer algumas considerações sobre o Costume no Direito Administrativo, como escreve, Marcello Caetano que “a autenticidade deste, [do costume] resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o seu aparecimento, isento de preconceitos de escola, a reconhecer o seu valor normativo.” MARCELLO CAETANO *Manual de Direito Administrativo*, 10.º edição, 3.º reimpressão, Tomo II, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 82

<sup>62</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 13 também alude a este ponto, LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 373-374.

Se não se verificar, (pelo menos), sucessão legítima, a sucessão na concessão só relevará se se “[alterar] o alvará inicial, no sentido de alargar o leque de beneficiários a outros familiares próximos da concessionária. (...) [Procedendo-se] a um averbamento ao alvará inicial [...] (...) [Poderá o órgão autárquico indeferir o alargamento] cabendo na margem de discricionariedade de que goza [a Administração Pública]”<sup>(63)</sup>. No entanto é de evidenciar que, para que se suceda no direito do contrato de concessão, é necessário o averbamento, caso contrário, poder-se-á considerar que o direito ainda se encontra no âmbito da herança jacente.

No que respeita aos negócios *inter vivos*, venda ou doação, é curial, tal como anteriormente, tecer considerações em separado para o caso de já terem existido inumações ou não. Não tendo ainda existido, não existirão problemas de grande relevância, a menos que os conteúdos no regulamento do cemitério o proíbam. Como defende Lopes Dias, a transmissibilidade não terá endógenos condicionalismos, no entanto a Administração Autárquica terá de necessariamente consentir, tendo poderes no plano discricionário, e só em caso afirmativo é que torna efectivo a venda e a doação da concessão. A necessidade de averbamento reflecte o entendimento jurisprudencial de que “a realização de qualquer transmissão só pode tornar-se efectiva depois de um acto de aprovação ou consentimento da Câmara Municipal ou Junta de Freguesia”.<sup>(64)</sup>-(65)

Problemas acrescem se já se tiverem verificado inumações no local. Neste caso, não concordamos com o entendimento de Lopes Dias, que corrobora

a ideia de que a inumação de uma “família diversa pode ser ofensiva da memória dos fundadores ou das pessoas já ali depositadas”<sup>(66)</sup>. Não considero que possa sê-lo; no entanto necessário é tomar medidas que não se verificam em outros casos. Entendo que, a verificar-se o presente, o comprador ou o donatário só poderão fazer uso para inumações no espaço depois da decomposição completa dos restos mortais no local. Procedendo-se em seguida à exumação e consequente transladação das ossadas para um ossário<sup>(67)</sup>, em obediência dos trâmites legais para a mesma operação. Sustentando a nossa posição poderemos interpretar analogicamente os artigos que possibilitam a cessação da concessão por abandono. Neste caso a autoridade autárquica, após a exumação da sepultura, poderá contratualizá-la com outro concessionário. Deste modo a Dignidade não é ferida.

Naturalmente, e por maioria de razão, à doação e à venda são aplicados os artigos já referidos quanto à Autorização Autárquica, consideramos naturalmente a possibilidade de não autorização, tendo em consideração a discricionariedade administrativa.

Necessário é proceder à natureza jurídica do jazigo.<sup>(68)</sup>

<sup>66</sup> LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 402.

<sup>67</sup> Este entendimento não é seguido por Lopes Dias, *Cemitérios* que em nota de rodapé da página 403, citando um Of.ºDir-Ger. A. Política Civil de 18-03-1950. Entende que do local não se devem retirar os restos mortais. Entendendo a meu ver neste âmbito, as ossadas, existentes no local.

<sup>68</sup> É necessário primeiramente corrigir um *lapsus calami* comum na jurisprudência, que tem especial relevo para esta segunda questão. Os tribunais tendem a confundir, aquando a redacção dos acordãos “sepultura” e “jazigo”, no entanto pretendendo no espírito das decisões consubstanciar objectos jurídicos diferentes. Desde modo, para colmatar a confusão de termos, deveremos considerar tal como no Ac. do TRPort. relatado por OLIVEIRA VASCONCELOS, [Ac. TRPort., com o número de Proc.: 0433590 de 8 de Julho de 2004, pp.3], no qual se entende que o jazigo é a construção fúnebre edificada sobre sepultura. E consequentemente sepultura, o local onde se sepulta, ou seja o terreno do cemitério.

<sup>63</sup> Ac. TCA-N n.º 00482/06.7BEBRG, de 22-06-2011; relator: ROGÉRIO PAULO DA COSTA MARTINS, pp. 13-14.

<sup>64</sup> LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 400-401. Apud Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 14

<sup>65</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 14.

Três teses há a considerar. A que de o jazigo é propriedade, nos termos do direito privado por parte dos concessionários. A de que estamos perante um direito Real Administrativo. E ainda quem entenda que estamos perante um direito de Obrigação, no caso direito pessoal de gozo.

Quanto à defesa da primeira tese, na Revista de Legislação e Jurisprudência de 1917, podia ler-se que “se é certo que o acto de concessão não atribuiu ao instituidor do jazigo a propriedade do terreno em que ele assenta, sobre o jazigo fica ele tendo um verdadeiro direito de propriedade, se bem que limitado, não só pela própria natureza da coisa, como por virtude da lei e por força ainda da vontade, tal como é concedida no acto da instituição. [/] (...) [sendo possível o] exercício sobre os jazigos de actos de verdadeiro domínio, compatíveis todavia com a índole especial da propriedade sobre eles existente”.<sup>(69)</sup>

O mesmo entendimento se denota na Revista dos Tribunais, acrescentando que, “[e]ssa propriedade sofre apenas as restrições resultantes da colocação do túmulo no cemitério. Não pode o túmulo ser retirado sem cumprimento as formalidades exigidas no regulamento respectivo; não podem fazer-se nele obras ou modificações sem observância do mesmo regulamento.”<sup>(70)</sup>

Pires de Lima advoga esta posição. “[A] propriedade dos jazigos é *sui generis*, restrita e precária, derivada de uma concessão (...) [e que mesmo edificados em domínio público, transmitem direitos reais, tal como o faz a concessão]. (...) [Adverte ainda que] [o] jazigo faz parte do património

individual. (...) [e] constituem bens da herança.”<sup>(71)</sup>

Actualmente esta tese é sufragada por Ana Raquel Moniz e Mafalda Miranda Barbosa. A posição tecida por Ana Raquel Moniz denota primeiramente a características subjectivas dos direitos reais administrativos. “[As] notas *subjectivas* e *funcional* constituem os elementos integrantes da própria noção de direitos reais administrativos: a presença de uma entidade administrativa e de um fim público vai ditar a especificidade das regras aplicáveis à relação jurídica. (...) [S]olução que se orienta no sentido apontado pela doutrina portuguesa tradicional”.<sup>(72)</sup> Considerando este ponto, teremos de questionar o âmbito deste direito real administrativo, isto é, se ele abrange apenas a parcela de terreno ou também as construções sobre aquele edificadas. Perante esta questão, a doutrinadora responde assertivamente que, “[s]e a opção [do Direito francês] for [no sentido de incluir as obras erguidas sobre o domínio público], não estamos diante de um direito real administrativo (...) mas perante um direito de propriedade privada dos particulares sobre aquelas obras construções ou instalações — o direito real administrativo, na acepção francesa, a existir, incide apenas sobre a parcela dominial”.<sup>(73)</sup> “Note-se que relativamente às obras construídas sobre os cemitérios, os particulares detêm um direito de propriedade privada que, todavia, encontra limitações pelo facto de se erguer a partir de um direito pessoal de gozo público

<sup>69</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, A. C. MACHADO VILELA, J. ALBERTO DOS REIS, J. G. PINTO COELHO, *Rev. de Legislação e Jurisprudência*, ano 49, N.º 2048, Coimbra, 1917, pp. 299.m

<sup>70</sup> JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO (editor), *Rev. dos Tribunais* ano 56.º n.º 1322, Porto 1938, *Direito privados nos cemitérios públicos*, pp. 20.

<sup>71</sup> PIRES DE LIMA, *Propriedade e transmissão dos jazigos*, Rev. dos Tribunais, ano 44, n.º 1038, Porto 1925. pp. 81-84.

<sup>72</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003 pp. 255.

<sup>73</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 251-252.

resultante da concessão administrativa<sup>74)-(75)</sup>. Enunciar ainda que, “depois da outorga da concessão, a Administração fica obrigada a entregar a parcela dominial ao particular. (...) [O não cumprimento por parte da Administração poderá levar a que o concessionário intente] uma acção administrativa comum relativa à execução do contrato a fim de exigir a entrega da coisa devida.”<sup>76)-(77)</sup>

O mesmo entendimento professa Mafalda Miranda Barbosa, “[n]enhuma dúvida se levante no tocante ao direito invocado (...) o direito de propriedade sobre o gavetão”.<sup>78)</sup>

Fézs Vital, considera que “[s]e direito real existe, será um direito real de *natureza administrativa*, isto é, um direito real de direito público, regulado no seu modo de constituição, transferência e extinção pelo direito administrativo, cujas regras se afastarão, por ventura, das regras de direito civil, inadaptáveis, na sua integralidade, ao regime jurídico dos bens dominiais.”<sup>79)</sup>

<sup>74</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 334, nota 427.

<sup>75</sup> Adstrito a esta posição teremos de considerar a ideia da “divisão da propriedade em volumes» não é alheia a consideração segundo o qual “as camadas aéreas superiores do território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário [cf. Artigo 84.º, n.º1 alínea b) da Constituição] se encontram sujeitas ao estatuto da dominialidade, ainda que a propriedade do solo revista natureza privada. Por outro lado, a existência de bens submetidos à propriedade privada e pertencentes a particulares sobre solo dominial já se encontra admitida no direito positivo português quanto às obras realizadas por concessionários de utilização privativa.” ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 264.

<sup>76</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *A concessão de uso privativo do Domínio Público: um instrumento de Dinamização dos Bens Dominiais*, Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Organização: J. Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e Faria Costa, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 351-352.

<sup>77</sup> Argumento importantíssimo que obstará ao primeiro argumento de Freitas do Amaral.

<sup>78</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210), BFDUC, 2013, tomo II. pp. 919

<sup>79</sup> FÉZAS VITAL, *Concessão de Terrenos nos Cemitérios [comentário à Sentença de 20 de Fevereiro de 1925 do Juiz de Direito de Vouzela, Sr. Dr.*

Lopes Dias entende que tendo em conta o facto de ser domínio público, estamos perante “direitos reais administrativos<sup>(80)</sup>, [que] abrangem, para além desse direito de «propriedade administrativa» pertencente à Administração, os *direitos de uso e fruição* privativos sobre esse domínio público outorgados aos particulares por concessão.”<sup>(81)</sup>

Marcello Caetano, reflectindo mais especificamente sobre o problema dos jazigos, refere que “[s]endo impossível a constituição de direitos reais privados sobre coisas sujeitas à propriedade pública, não há na cedência do terreno para sepultura perpétua ou jazigo outra coisa mais senão a concessão de um uso privado de uma parte da coisa pública. Essa concessão admite-se com carácter perpétuo por influência de sentimentos de piedade que levam o legislador a garantir a situação jurídica por ela criada (...). Mas nem por isso deixam tais concessões de existir sob a potencial referência do interesse público geral. Tais concessões entram no património dos concessionários e são transmissíveis em vida ou por morte, nos termos das leis administrativas. [/] [Entende o doutrinador que estamos perante uma] propriedade privada, *sui generis*, especial, com restrições impostas pela lei e regulamentos administrativos e resolúvel em virtude de seu destino, donde decorre a susceptibilidade da posse da aquisição por prescrição e da transmissão pelos meios ordinários<sup>(82)</sup>. Dizer-se que é uma propriedade *sui generis* é reconhecer que a figura não

*Ernesto Nunes Lobo*, Boletim da Faculdade de Direito, ano VIII — n.º 71-80 (1923-1925), Coimbra-1926, pp. 303.

<sup>80</sup> Necessário é considerar que estes direitos nada têm que ver com o âmbito dos direitos reais do Direito Civil, continuamos dentro da esfera de aplicação do Direito Público; de sublinhar que os imóveis continuam a ser domínio público, adstritos à sua funcionalidade.

<sup>81</sup> LOPES DIAS, *Cemitério, Jazigos e Sepulturas...*, pp. 366.

<sup>82</sup> Ac. de 04-01-1955, *Bol.* 47, pp. 455 e de 08-01-1963, *Bol.* 143, pp. 213. Apud Ac. de 04-01-1955, *Bol.* 47, pp. 455 e de 08-01-1963, *Bol.* 143, pp. 213. Apud MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 940-941.

cabe nos moldes da propriedade privada. A verdade é que a concessão tem regime exclusivamente administrativo: não se trata de restrições ou excepções (...) mas de verdadeiro regime jurídico próprio, ligado ao do cemitério de que a sepultura é parte integrante.”<sup>(83)</sup>

Cabral de Moncada advoga que o “direito dos particulares, tendo por objecto os terrenos e as edificações nos cemitérios para fins de sepultura não pode deixar de considerar-se um direito assaz especial, fugindo para fora dos quadros dos restantes direitos privados e assumindo o carácter duma posse administrativa e dum *direito subjectivo público* dos particulares diante do Estado a que se pode dar o nome de «*direito de sepultura*». (...) [O] que é evidente é que tal direito, cuja natureza *real* (e de *jus in re alinea*) não pode ser desconhecida, se aproxima mais, quer-nos parecer, duma espécie de direito de «superfície», uso particular de terrenos públicos (...). Não são os jazigos e sepulturas, em si mesmos, nem coisas públicas nem particulares, mas sim objecto dum especial direito real e público dos particulares diante do Estado”.<sup>(84)</sup>

No que diz respeito à terceira tese, encontramos em nosso ordenamento jurídico Freitas do Amaral a defendê-la. Entende, este doutrinador, que estamos perante um direito obrigacional por dois motivos. Primeiramente o poder que o particular tem sobre coisa é mediato, “a conclusão a tirar é de que os poderes do utente privado integram, sob este primeiro aspecto (...), um direito meramente obrigacional. Na verdade, se a Administração recusar a posse do local, o particular não pode ser nela investido sem a cooperação da Administração: não

há organizado nenhum meio jurídico para o fazer.”<sup>(85)</sup> O segundo motivo que invoca é o da inoponibilidade *erga omnes*: [o] particular tem de dirigir-se sempre à Administração e só a esta compete através dos poderes de polícia, efectivamente a garantia do direito daquele perante terceiros”<sup>(86)</sup>-(87)

Façamos o percurso na jurisprudência. O STJ, num Ac. relatado por Sebastião Póvoas<sup>(88)</sup>, refere peremptoriamente a natureza jurídica do sepulcro: “Indiscutível a propriedade do sepulcro”<sup>(89)</sup>. A afirmação leva-nos a interpretar que a propriedade a que faz referência é de natureza privada. Se se pretende-se identificar o direito real como administrativo seria verosímil a mencionada indicação.

Diferente é o entendimento do Ac. STA<sup>(90)</sup>, que consagra no seu sumário a seguinte posição “[a] afectação desse uso (...) porque se encontram subordinados ao direito administrativo, não são susceptíveis de uso, fruição e disposições próprias dos direitos reais privados. (...) [A] Administração tem um largo controle sobre o uso, fruição e disposição dos jazigos e sepulturas e tem uma vasta

<sup>85</sup> Posição que hodiernamente não procede, no entanto, mesmo que assim ocorresse, necessário é verificar, que estamos perante uma concessão num cemitério e que tendo em conta que nenhum cadáver pode ficar insepulto, a não existir um contrato, a concessão far-se-á por acto. Podendo convolar-se em concessão perpétua posteriormente com a celebração do contrato.

<sup>86</sup> FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, (Dissertação do Curso de Ciências Políticas e Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, policopiado, 1965. pp. 272-278.

<sup>87</sup> Esta tese não encontra uma *nuança*, se se tratar de uma capela ou gavetão, nada proíbe o seu proprietário de mudar a fechadura, impossibilitando outros que entrar dentro da edificação. Tal como aludiremos em capítulo seguinte.

<sup>88</sup> Ac. STJ, Proc. 06A4210, de 19 de Dezembro de 2009.

<sup>89</sup> [Onde se encontra “sepulcro”, deveria estar redigido “jazigo”, de facto neste caso concreto, o que está em causa é um gavetão, onde se encontra o caixão, ou seja a construção, tal como anteriormente evidenciamos].

<sup>90</sup> Ac. STA do Proc. 046143 de 6 de Março de 2002, relator: COSTA REIS.

<sup>83</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 940-941.

<sup>84</sup> CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil...*, pp. 135-137.

possibilidade de actuação sobre elas. [/] [N]ada impedirá que essa concessão possa, também ser transmitida por negócio celebrado entre vivos [ Mas u]ma transmissão dessas — considerados os direitos, os valores e objectivos que estão em causa — não é regida pelas mesmas normas do direito civil e, porque assim é, a mesma não é completamente livre, o que vale por dizer que não pode ser feita como de coisa puramente privada se tratasse<sup>(91)</sup>.

O Ac. do TCA-N<sup>(92)</sup>, relatado por José Augusto Araújo Veloso considera que, a propriedade é *sui generis* “porque cerceada por limitações inerentes à própria dominialidade dos cemitérios. Todavia, tais limitações não impendem o desenvolvimento desse direito de propriedade *sui generis* com uma certa autonomia (...), mas sempre dependente da sua matriz quanto à respectiva *existência*. (...) [N]ão poderemos deixar de considerar que esse direito de propriedade radica em última análise, numa relação jurídica que é desencadeada pelo contrato de concessão da parcela de terreno em que está implantado, e que lhe imprime contornos e limitações inerentes à respectiva dominialidade pública.”

No mesmo sentido o Ac. TCA-N., relatado por Fernanda Brandão,<sup>(93)</sup> no qual afirma que “[e] m cemitério público, as únicas fontes da existência do direito de propriedade sobre jazigos são a lei e a vontade da Administrativa, vertida em acto ou contrato administrativo de concessão.”

O Ac. do TRGuim., relatado por António Gonçalves<sup>(94)</sup>, depois de questionar quanto à natureza

das sepulturas, entende que ao particular não se lhe estendem todas as prerrogativas que genericamente são concedidas ao proprietário pois delas lhe estão arredadas aquelas que se prendem com o *jus utendi, fruendi ac abutendi* (...) pois tudo se limita a um uso e fruição (...) mas só para o fim especialíssimo de consumpção cadavérica e com uma infinidade de limitações de ordem policial que lhe restringem o aproveitamento mesmo na prossecução desse restrito objectivo a que está afecto<sup>(95)</sup> (...). [/ Sendo] que, quando dizemos que os jazigos e as sepulturas são inalienáveis, estamos a enquadrar esta afirmação num contexto de relações jurídicas privadas (...) esta asserção já não é verdadeira se incluímos esta temática no âmbito do direito público.”

O TRLbs., num Ac. relatado por Graça Amaral<sup>(96)</sup>-<sup>(97)</sup>, firma todo o conteúdo de sua decisão, na convicção da propriedade privada do jazigo, (neste caso um gavetão).

Poderemos constatar que o Direito português não é claro, nem consensual quanto à qualificação dos jazigos. A principal nota é a natureza jurídica *sui generis*, que deles promana. Entendemos estar perante propriedade privada.

Sustentamos a nossa posição nos seguintes argumentos. Considerando primeiramente que estão edificados sobre Domínio Público, tecemos os considerandos enunciados anteriormente, mormente por Ana Raquel Moniz, levando a que essa circunstância não obste à qualificação como direito real. Concatenando com esta situação, o facto de a propriedade estar sob tutela de Direito Administrativo, não propriamente no que concerne

<sup>91</sup> Ac. STA do Proc. 046143 de 6 de Março de 2002, relator: COSTA REIS, pp. 14; Apud LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 394

<sup>92</sup> Ac. TCA-N., Proc. 01249/04.2BEVIS de 15-04-2010 relatado por: JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO VELOSO, pp. 11.

<sup>93</sup> Ac. TCA-N., Proc. 01423/04.1BEBRG de 03 de Maio de 2013, pp. 20-21.

<sup>94</sup> Ac. TRGuim., Proc. 987/05-1 de 25-05-2005 relatado por: ANTÓNIO GONÇALVES, pp. 7.

<sup>95</sup> LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 341

<sup>96</sup> Ac. TRLsb. Proc. 923/2006-7 de 02-05-2006, relatado por: GRAÇA AMARAL.

<sup>97</sup> Ac. que será pela nossa parte, alvo de uma escarpelização na presente tese.

aos aspectos de titularidade, mas no que diz respeito ao carácter público do lugar (mormente, aspectos sanitários, de culto e de polícia). E nesta situação que se denotam as exigências do cumprimento dos regulamentos cemiteriais.

De referir ainda, como modo de enfatizar nosso entendimento, a norma do artigo 736.º do CPC, em seu elemento teleológico. Na presente norma encontramos como bens absolutamente impenhoráveis na alínea b) “[o]s bens do domínio público do Estado e restantes pessoas colectivas públicas, e na alínea e) “[o]s túmulos”. Consequentemente será de concluir que os túmulos não são bens de domínio público, sendo deste modo, *res privata*.

Reiterando os *considerandi* atrás aludidos, haveremos de acrescentar alguns pontos. Há que referir que o jazigo denota acima de tudo um carácter bastante privado, a refletir-se no culto dos entes falecidos. A construção transmite acima de tudo esta materialização. Apesar das especificidades existentes, em especial decorrentes do carácter público do terreno, sendo a edificação (vulgo jazigo) expressão de um foro tão privado, no qual o Estado apenas concebe a existência de um lugar, ao serviço da Dignidade da pessoa e da defesa da saúde pública, esta deverá ser uma *res privata*.

Caso contrário, existiria uma diferença de tratamento de difícil compatibilização entre os proprietários de capelas ou gavetões e os demais jazigos. E ainda mais gravosa se revestiria a diferença entre os proprietários dos jazigos existentes no cemitério público daqueles que existem em capelas privadas.

## 9. Do Culto<sup>(98)</sup>-(99)-(100)

O culto dos mortos, mormente os ritos fúnebres, denotam a importância com que ao longo dos milénios os mais diversos povos o votaram. No nosso campo civilizacional é curial a referência à civilização greco-romana. Segundo nos ensina de Fustel de Coulanges, “[a]creditou-se (...) que nesta segunda existência a alma continuava associada ao corpo. (...) Escrevia-se sobre o túmulo a afirmar que homem ali repousava. (...) [E crendo-se] tão firmemente que o homem ali vivia sepultado que nunca se deixava de, juntamente com o homem, se enterrar objectos de que se julgava viesse a ter necessidade, vestidos, vasos, armas<sup>(101)</sup>. Derramava-se vinho sobre o seu túmulo para lhe mitigar a sede; deixavam-se-lhe alimentos para o apaziguar na fome. Degolavam-se cavalos e escravos, pensando que estes seres, encerrados com o morto, o serviriam no

79

<sup>98</sup> “[A] legislação justinianeia reconheceu ao proprietário do sepulcro encravado um direito de passagem forçosa (...). Surgia assim, em relação com o *iter sepulchrum*, a servidão legal de passagem que veio a estender-se a todos os prédios encravados” RUI MARCOS, *Em torno do «Aus Sepulchri» Romano...*, pp. 26. Vide. *Digesta* 11, 7, 12.

<sup>99</sup> O culto fúnebre não pode deixar de ser, no nosso contexto civilizacional, ligado ao Catolicismo. Deste modo, cabe-nos citar as palavras de PADRE ANTÓNIO VIEIRA, aquando do Sermão nas cerimónias fúnebre do Infante D. Duarte em sobre as obrigações dos sermões fúnebres. “As obrigações desta acção, seguindo os exemplos dos Padres da Igreja e ainda dos oradores mais antigos que eles, são três: sentir a morte, louvar o defunto, consolar os vivos”. PADRE ANTÓNIO VIEIRA, *Obras Completas do Padre António Vieira — Sermões*, tomo XV, prefaciado e revisto pelo Rev. Padre Gonçalo Alves, Porto, Lello & Irmãos — Editores, 1959. *Sermão nas exéquias do Sereníssimo Infante de Portugal Dom Duarte*, pp. 219.

<sup>100</sup> O Culto dos Mortos (foi uma das causas), que deu origem em nosso país de uma violenta revolta, a Revolução da Maria da Fonte. vide JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal, vol. VIII Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*, Lisboa, Editorial Verbo, reimpressão, 1988, pp. 106-109

<sup>101</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*. pp. 13. Vide EURÍPIDES, *Alceste*, 637-638. ORESTE 1416- 1418. VIRGÍLIO, *Eneida*, VI, 221 XI, 191-196.

túmulo, como o haviam feito durante a sua vida”.<sup>(102)</sup>

Necessário é compreender a posição do Cristianismo sobre a aludida temática. Destacamos Santo Agostinho, que invoca a exclamação de Hermes “«Então esta terra, santíssima de santuários e de templos ficará toda cheia de sepulcros e de mortos», [/] testemunhando assim que os deuses do Egípcio mais não são que homens mortos. Com efeito, depois de ter declarado que os seus antepassados cometeram graves erros acerca da noção dos deuses e, incrédulos, sem consideração pelo culto e pela religião divina, inventaram a arte de fabricar deuses”<sup>(103)</sup>. A crítica que Santo Agostinho faz é o do culto divino, que as civilizações Grega, Romana e Egípcia têm para com os seus falecidos, de tal modo, (e como também já anteriormente verificamos) os consideravam como deuses. A sua Doutrina denota uma total humildade perante Deus. “Tão grande era o montão de cadáveres, que nem os puderam sepultar. A fé autêntica nenhum medo tem disso, pois, tendo presente o que foi predito, - nem as feras devoradoras impedirão a ressurreição dos corpos daqueles de quem nem sequer um dos cabelos se perderá”<sup>(104)</sup>. (...) Os cuidados fúnebres, a qualidade da sepultura ou a solenidade das exéquias, constituem mais uma consolação dos vivos do que um alívio dos defuntos. Se ao ímpio serve de proveito uma sepultura de alto preço, ao piedoso tanto faz uma ordinária ou mesmo nenhuma. [Não pretende com isto afirmar desprezar o corpo falecido, mas acima de tudo não o endeusar como os ímpios.] Mas nem por isso se devem desprezar e abandonar os

corpos dos defuntos, principalmente os dos justos e dos fiéis dos quais o Espírito se serviu santamente (...) [o] corpo é parte natural do homem e de modo nenhum é um ornamento ou instrumento que se usa por fora. Por isso é que os funerais dos justos eram tidos por um dever de piedade (...). É com louvor que são lembrados no Evangelho aqueles que com delicadeza tiraram da cruz o [corpo de Cristo], com respeito o amortalharam e sepultaram. [Querendo significar que] a divina Providência, à qual agradam estes deveres de piedade porque reafirmam a nossa fé na ressurreição, se interessa também pelos corpos dos mortos.”<sup>(105)</sup>

A grande diferença entre os entendimentos elencados é a Ressurreição presente no Cristianismo. Enquanto para as Civilizações Greco-romana e Egípcia o corpo era fundamento para a vida Eterna, e sem sepulcro estava condenado à errância e ao sofrimento, para o Cristianismo, apesar da importância do corpo, imagem e semelhança Divina, a Alma ressuscitaria sem este. Deste modo, a importância, que doutrinalmente deveria ser votada aos ritos e construções fúnebres seriam menores.

O Direito, no que diz respeito ao fenómeno da morte e nas relações para com o cadáver, denota no seu âmbito legislativo um cunho mais reactivo que activo. Quero significar que neste âmbito a lei empreende esforço, quase que unicamente, na formulação de deveres e sendo despiciente na tutela dos direitos, mormente o direito ao Culto. Este, apesar de levantar problemas de grande acuidade, carece sequer se uma cláusula geral, que o elenque como direito. Bastaria que o legislador, no exercício das suas funções, e observando os princípios tutelares do Direito, legisla-se de forma sucinta mas não menos eficaz sobre a matéria, de modo a que os

<sup>102</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*. pp. 12-13. Vide HOMERO, *Iliada*, XXI, 27-28; XXIII, 165- 176. VIRGÍLIO, *Eneida*, X, 519-520; XI, 80-84, 197.

<sup>103</sup> SANTO AGOSTINHO, *A Cidade de Deus*, Livro VIII, Capítulo XXVI. (Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. DIAS PEREIRA), Lisboa - 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I, pp. 782.

<sup>104</sup> SÃO MATEUS, X, 28. SÃO LUCAS, XII, 4. Salmo LXXXVIII, 2-3.

<sup>105</sup> SANTO AGOSTINHO, *A Cidade de Deus*, Livro I, Capítulo XII e XIII. vol. I, pp. 135-140.

sobrevivos do falecido encontrassem a sua situação solidamente sustentável. Não cremos, contudo, que tal intervenção legislativa seja imprescindível. Na verdade, o direito ao culto poder-se-á integrar no direito geral de personalidade, tutelado ao nível do artigo 70º CC.

No caso em concreto, no que respeita ao carácter do culto aos falecidos, entendemos tratar-se de uso directo do domínio público, na esteira de Marcello Caetano, “[h]á uso directo quando cada individuo pode tirar proveito pessoal da coisa pública. [e na subdivisão do mesmo], uso imediato [por] os indivíduos se aproveitarem dos bens sem ser por intermédio d[e] agentes de serviço público”.<sup>(106)</sup><sub>(107)</sub>

A problemática do Culto reveste ainda enorme importância, pelo facto de que o seu não exercício, por período superior a dez anos poder levar a que a Concessão prescreva, por se considerar que o jazigo se encontra abandonado. Considerando que, sem o mesmo, o próprio contrato cessa, é de curial importância o exercício do culto, que sendo-o de forma reiterada, fará com que a própria concessão sendo de sepultura perpétua se prolongue *ad eternum*.

Cumpre referenciar a principal manifestação do Culto aos falecidos. No nosso contexto cultural, revela-se nos dias 1 e 2 de Novembro, (no primeiro é celebrado o dia de Todos os Santos e no segundo o dos fiéis defuntos). Sendo tradicional nestes dias a romagem ao cemitério, para prestar culto quer com carácter religioso, mas também e somente com a finalidade memorialística.

Acompanhemos, doravante, um caso sobre a matéria que foi discutido pelos nossos Tribunais superiores.

Os cemitérios têm como função também (ou mesmo acima de tudo) o culto aos falecidos, tornando aquele lugar um sítio de memória “pelo espírito familiar e de perpetuidade que caracteriza as sepulturas.”<sup>(108)</sup> Este aspecto é essencial, porque daqui advém um sinal de dignificação e que nos é curial analisar. A análise vai deter-se em um caso, e nos Acórdãos, da Relação de Lisboa<sup>(109)</sup> e posteriormente, em sede de recurso no Supremo Tribunal de Justiça<sup>(110)</sup>.

O caso *sub judice* respeita ao facto de a viúva impossibilitar que os pais de seu marido falecido tenham acesso à contemplação da urna, por não ter igualmente facultado a chave do gavetão, tendo em conta que detém a titularidade da concessão.

Cabe-nos a questão de saber se a titularidade do Direito poderá levar a que o Culto dos Mortos tenha o seu carácter senão limitado, pelo menos diminuído.

No Ac. da Relação é entendido que apesar da morte e da cessação da personalidade tal como se encontra no art. 68.º n.º 1 do CC, “existe uma personalidade «moral» que goza de personalidade jurídica depois da morte do respectivo titular (art. 71.º n.º 1 CC). Nessa medida, após a morte, a lei define legitimamente tendo em vista salvaguardar a personalidade de quem morreu — art. 71, n.º 1 CC, e bem assim, dar o repouso eterno ao suporte físico dessa personalidade (DL n.º 411/98). [/] Conforme se encontra salientado no [Ac.] do STJ<sup>(111)</sup>, que na nossa cultura a memória tem um sítio, sendo no local concreto onde se encontra os cadáveres (...)

<sup>108</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 7.

<sup>109</sup> Ac. TRLsb de 02-05-2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL.

<sup>110</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS.

<sup>111</sup> Ac. STJ de 11 de Dezembro de 2003, Proc. n.º 03B2523, relator: PIRES DA ROSA.

<sup>106</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual... I*, pp. 928.

<sup>107</sup> No entendimento já referido pelo Ac. STA, Proc. N.º 046143, relator: COSTA REIS.

daqueles que amamos que constitui o centro do culto dessa memória. (...) [A] sepultura assume-se enquanto sítio onde se procede à manifestação de culto pela memória da pessoa falecida e que, por esse motivo, se encontra ligada a valores imateriais significativos que se impõe tutelar nos termos do art. 71.º n.º 2 do CC.”<sup>(112)</sup>

O problema encontra-se no confronto entre a pretensão dos autores ao Culto à memória da pessoa falecida e a titularidade do gavetão propriedade da ré.

O Ac. da Relação entende, que a titular do direito de concessão exerce o seu direito de propriedade de forma abusiva violando a norma do art. 334.º do CC, nos termos do qual “é ilegítimo o exercício de um direito quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico desse direito. (...) [P]onderando o fim social e económico do direito de propriedade da Ré sobre o gavetão, (...) há que entender por ilegítimo o seu exercício, nos termos previstos no citado art. 334.º, por obstar a que os Autores possam prestar culto à memória do filho contemplando a urna.”<sup>(113)</sup> A decisão da Relação entende ainda serem indemnizáveis os danos morais causados aos Autores.

Por seu turno o Ac. do STJ conclui de maneira diferente. O primeiro ponto do sumário é bastante relevante nesta temática. “Ninguém pode ser privado da possibilidade de prestar culto a seus mortos, de conviver com a sua memória e com a sua saudade sendo que a exteriorização desse recolhimento vária com os usos da comunidade, as tradições familiares ou de grupo, os ritos religiosos ou, enfim, a personalidade

de cada um”<sup>(114)</sup>. Para além da importância com o qual consagra o culto das pessoas falecidas, entendemos que admite que a mesma tenha uma convivência intrínseca com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade do homem.

O segundo ponto é igualmente relevante, no plano do presente estudo, tendo em conta que admite um ponto que, pretendemos alterara de *iure constituendo*: “A Constituição da República, o Código Civil e o direito mortuário — DL n.ºs 433/82, 422/98 e 5/2000 — não consagram expressamente o direito de culto dos mortos”<sup>(115)</sup>.

No terceiro e nos subsequentes parágrafos, encontramos o entendimento curial deste Ac. e a conclusiva consequência que o levava a tomar uma posição diferente ao Ac. da Relação. Este colectivo entende que estamos perante obrigações naturais, ou seja, obrigações que se baseiam num dever moral ou social, pelo que não são judicialmente exigíveis. Apesar de considerar a relevância de tutela por parte do Direito, clarifica no entanto que o dever de consciência não gera obrigação civil: “O dever de consciência assume a natureza de dever de justiça quando não é um mero dever social de cortesia ou uma liberalidade mas corresponde a uma situação tão socialmente relevante que merece certa tutela do direito, embora não se transforme em dever jurídico gerador de obrigação civil.”<sup>(116)</sup> [ponto 5.º do sumário].

Esta circunstância é de extrema importância. O facto de ser qualificada quanto ao vínculo como uma obrigação natural, por contraposição com a obrigação civil, tem como consequência a sua inexigibilidade judicial, ponto incontestado pela doutrina; tal como

<sup>114</sup> Ac. STJ de 19 de Dezembro de 2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

<sup>115</sup> Ac. STJ de 19 de Dezembro de 2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

<sup>116</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

<sup>112</sup> Ac. TRLsb. de 02 de Maio de 2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL, pp. 6-7.

<sup>113</sup> Ac. TRLsb. de 02 de Maio de 2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL, pp. 9.

refere Antunes Varela. “[As obrigações naturais] são os casos, de carácter absolutamente excepcional, em que, se o devedor não cumpre, o credor *não pode exigir judicialmente o cumprimento*. Dir-se-ia que, sendo assim, é sinal de que não existe obrigação.”<sup>(117)</sup> O carácter de inexigibilidade da obrigação, tal como consta no art. 402.º CC, coloca deste modo o credor, a montante<sup>(118)</sup>, em uma situação da qual não tem garantias do Direito, ou melhor, na qual a garantia de juridicidade é mínima, traduzindo-se, apenas, na impossibilidade de se repetir o indevido quando este haja sido prestado espontaneamente.

Entendem os juízes do Supremo que: “Deixar viver essa memória dos entes queridos, designadamente, como aqui, aos pais de um jovem falecido prematuramente aos 30 anos de idade é um indiscutível dever moral e social. [/] Privar uns doridos pais da proximidade possível do “sítio da memória”, e por muito conflitual que seja a relação, é incumprir esse dever, é o olvidar ostensivo de permitir que ali, no recolhimento intranquilo, chorem a sua perda. [/] Mas não basta o dever moral, como dever de consciência. [/] O dever de consciência tem de ser também um dever de justiça, senão o seu cumprimento traduz-se numa mera liberalidade.”<sup>(119)</sup> Concluindo e reiterando o que fora declarado no sumário “que ninguém pode ser privado de prestar o culto aos seus mortos, de conviver com a sua memória e com a sua saudade sendo que a exteriorização desse recolhimento vária com os usos da comunidade, as tradições

familiares ou de grupo, os ritos religiosos ou, enfim, a personalidade de cada um”, no entanto e apesar disso, entendem estarmos perante uma obrigação natural e deste modo inexigível judicialmente, com a consequente absolvição da Ré do Pedido.

Reiteramos mais uma vez a nossa posição quanto ao *iure constituendo*, sobre esta matéria.

Concordando com a doutrina ensinada por Mafalda Miranda Barbosa<sup>(120)</sup>, entendemos errada a decisão do STJ de qualificação da obrigação como natural. Na verdade, “o problema era colocado em sede do exercício de direitos absolutos, não é a estrutura da obrigatoriedade que está em causa, não fazendo, conseqüentemente sentido chamar a depor a figura das obrigações naturais. (...) Na verdade toda a questão gira em torno do exercício do direito de propriedade por parte da viúva e de um eventual direito de personalidade dos autores [pais do falecido].”<sup>(121)</sup> Apelando à doutrina de Capelo de Sousa, encontramos “entre os elementos espirituais, (...) o nosso direito tutela directamente o *sistema afectivo* do homem, tomando como bens juridicamente protegidos diversos sentimentos seus e a própria estrutura mais ou menos estável e persistente do seu comportamento afectivo (...) [E] ntre esses sentimentos juscivilisticamente tutelados, encontramos o sentimento de piedade pelos mortos<sup>(122)</sup>. Ao impedir que os pais tenham acesso à urna onde repousam os restos mortais do filho já falecido a ré [a viúva] estaria a violar o direito desta dimensão da personalidade humana, pelo que poderia ser exigida uma indemnização, caso se verificassem os restantes pressupostos da responsabilidade civil,

<sup>117</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral* vol. I, 10.ª edição, 6.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 728.

<sup>118</sup> Refiro o montante, porque se se verificar o cumprimento espontâneo por parte do devedor, este é equiparado a cumprimento da obrigação; deste modo o credor não é obrigado, a restituir; tal como ensina Antunes Varela, *Das Obrigações* pp. 721.

<sup>119</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 9.

<sup>120</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Proc. 06.A4210)*, BFDUC, Coimbra, 2013, tomo II, pp. 903 e ss.

<sup>121</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais...*, pp. 918-919.

<sup>122</sup> CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, pp. 230.

ao mesmo tempo que se poderiam requerer todas as providências destinadas a fazer cessar a lesão, *v.g.*, a entrega da chave do gavetão dos pais.”<sup>(123)</sup>

Na senda dos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa, além da Propriedade sobre o gavetão, por parte da viúva, encontramos-nos diante de um Direito de Personalidade. Entendemos deste modo que a tutela dos pais não se encontra cimentada somente em uma questão de ordem moral, mas fundamentada em um Direito de Personalidade. Consequentemente estamos perante a colisão de Direitos, no qual se encontram um direito de natureza patrimonial (a propriedade) e um direito de personalidade.<sup>(124)</sup>

“[No caso concreto], atentos aos aspectos valorativos do problema, o direito de personalidade dos pais — na sua dimensão de direito ao sentimento de piedade pelos mortos — deve prevalecer. E isto porque, independentemente da hierarquização axiológica dos bens jurídicos envolvidos, torna-se claro, pela mobilização de todos os elementos de relevância do caso, que, uma vez impedidos os pais de aceder à urna do filho, o núcleo essencial do seu direito seria afectado; ao passo que, entregue a chave tal como é pretendido, a ré continuará a poder exercer amplamente o seu direito de propriedade, que apenas fica limitado na medida em que se terá de

compatibilizar com o acesso de terceiros ao objecto de direito real<sup>(125)</sup>.

## Conclusão

Visámos com o presente artigo, dar a conhecer o actual estado de arte desta área do Direito, visando primeiramente ultrapassar o que em nosso entender é um primeiro problema do Direito Fúnebre no hodierno Mundo Jurídico, o seu não tratamento, nomeadamente do ponto de vista doutrinal e legislativo.

Deste modo foi nossa pretensão, que consideramos lograda, levar à reflexão e à discussão da presente matéria. O objectivo naturalmente não se reduz à publicação do presente artigo, mas tem a ambição de pretender ser dinamizador para alterações legislativas e discussão doutrinal, que tanto faltam sobre a referida matéria.

Para além desse aspecto, cabe ainda realçar que este artigo bem como a tese pretende ser uma defesa à qualificação do cadáver como um terceiro género.

Posição cimentada na consideração ainda existente na Sociedade actual (apesar de cada vez mais materialista) de que o cadáver é uma realidade superior às demais realidades sem personalidade. E neste prima não pode ser desconsiderado em termos legais face ao tratamento dado aos animais. O cadáver e as cerimónias fúnebres são uma realidade muito marcada no mundo hodierno. De referir como prova que o primeiro encargo da herança é afectada à realização do funeral. De evidenciar a existência do crime de perturbação das cerimónias fúnebres. De lembrar ainda, como modo de dignificação desta realidade: o voto de pesar, a declaração de luto nacional, o processo e a transladação dos imortais para o Panteão Nacional.

<sup>123</sup> Cf. Art. 70.º/2 CC.

<sup>124</sup> Cabe referir que tal como frisa Capelo de Sousa “nem sempre os valores pessoais precedem os valores patrimoniais”, [CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, pp 540, ver na minha edição a pp. Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais*, pp. 921.] uma vez que “a indispensabilidade ou a importância de certos valores patrimoniais básicos poderão sobrepor-se ao relevo de valores personalísticos menos prementes.” [CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, pp 540, Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais*, pp. 921.] Sustenta, por isso o autor que “importa (...) ter presente a concepção de sociedade juridicamente regulada subjacente ao nosso sistema jurídico e, nomeadamente, os pesos específicos neste atribuídos aos bens ou valores pessoais e aos bens ou valores patrimoniais (...)” [CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* pp 539-540, Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA *Obrigações naturais*, pp. 921-922.].

<sup>125</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais...*, pp. 922-923.

Tal como fica demonstrado no âmbito do Direito o cadáver é merecedor de uma tutela muito superior a qualquer coisa. Reiteramos a actualidade dos argumentos professados Gomes da Silva, desde o argumento da inserção sistemática no Código Civil, a tutela consignada com das suas disposições. De enunciar ainda os crimes sobre esta matéria. O crime de profanação não se encontra no crime de dano, como se coisa fosse, porque não o-é.

A conclusão que daqui emana, só poderá ser uma. O cadáver não sendo homem, não é também coisa. É um *tertium genus*. Assim tido quer pela Sociedade, quer pelo Direito. Basta somente que este se interprete teleologicamente e alcançará a razão que do próprio subjaz.

Deste modo é de curial importância e urge o tratamento legislativo e discussão doutrinal sobre a presente realidade.

### Bibliografia:

- AGOSTINHO, SANTO, *Cidade de Deus*, Livro VIII, Capítulo XXVI. (Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. DIAS PEREIRA), Lisboa - 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *A Utilização do Domínio Público pelas Particulares*, (Dissertação do Curso de Ciências Políticas e Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Policopiado, Lisboa, 1965.
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil Teoria Geral, vol. I Introdução — As Pessoas — Os Bens*, Coimbra, Coimbra editora 1997.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Policopiado, 2012.
- , *Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva juscivilística*, BFDUC, vol. LXXXIX, Coimbra, 2013.
- , *Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210)*, BFDUC, vol. LXXXIX, tomo II, Coimbra, 2013.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, Tomo I, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra 1980, Almedina.
- , *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, 3.ª reimpressão, Tomo II, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra 1990, Almedina.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, Separata do Vol. LXVI (1990) do B.F.D.U.C., 1992.
- , *Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004.
- CARNEIRO, JOSÉ GUALBERTO DE SÁ, (Editor) *Revista dos Tribunais* ano 56 n.º 1322, Porto 1938, *Direito Privado nos Cemitérios Públicos*.
- COULANGES, FUSTEL DE, *A Cidade Antiga — Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, tradução e glossário de Fernando de Aguiar, 11.ª edição, Clássica Editora, Porto — 1988.
- DIAS, VÍTOR MANUEL LOPES, *Cemitério, Jazigos e Sepulturas*, Edição de Autor — Depositária, «Coimbra Editora, Lda.» 1963.
- CARVALHO FERNANDES, *A Definição de morte. Transplante e outras utilizações do cadáver*, *Revista Direito e Justiça*, vol. XVI Tomo 2, Universidade Católica Editora, Lisboa 2002.
- FERREIRA, DIAS, *Código Civil Português - Anotado*, 2.ª edição vol. I, Coimbra, 1894, Imprensa da Universidade.
- GONÇALVES, CUNHA, *Tratado de Direito Civil I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929.
- LIMA, PIRES DE, *Propriedade e transmissão dos Jazigos*, *Revista dos Tribunais*, ano 44, n.º 1038, Porto 1925.
- LIMA, PIRES DE, e VARELA, ANTUNES, (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA ) *Código Civil Anotado* vol. I, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra-1987, Coimbra Editora.
- MARCOS, RUI, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano Alguns aspectos da epigrafia jurídica*, Separata do vol. LXIV (1988) do BFDUC, Coimbra, 1988.
- MOREIRA, GUILHERME ALVES, A. C. MACHADO VILELA, MOREIRA, J. ALBERTO DOS REIS, J. G. PINTO COELHO, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 49, n.º 2048, Coimbra 1917.

- MONCADA, CABRAL DE, *Lições de Direito Civil Parte Geral*, 2.º edição Revista e Actualizada, vol. II, Coimbra, depositário Arménio Amado, 1955.
- MONIZ, ANA RAQUEL, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Policopiado, Coimbra-2003.
- , *A concessão de uso privativo do Domínio Público: um instrumento de Dinamização dos Bens Dominiais*, *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito*, Organizadores: J. FIGUEREDO DIAS, J. J. GOMES CANOTILHO E J. FARIA COSTA, Coimbra, Coimbra editora, 2008
- NASCIMENTO, ESMERALDA E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, 3.º edição, Coimbra, Almedina — 2008.
- PEREIRA, LEONARDO A. *Aspecto jurídico dos cemitérios em Portugal*, *Lumen*, vol. XIX, Dezembro de 1955, fasc. XII.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- SOUSA, CAPELO DE, *Direito Geral de Personalidade*, Reimpressão da 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- SILVA MANUEL DUARTE GOMES DA, *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito [-] Reflexões em Torno das Utilização do Cadáver Humano para Fins Terapêuticos e Científicos*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII e vol. XVIII, Lisboa 1964.
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.º edição, 6.º reimpressão, Coimbra, Almedina, 2009.
- VIERA, PADRE ANTÓNIO, *Obras Completas do Padre António Vieira — Sermões*, tomo XV, prefaciado e revisto pelo VER. PADRE GONÇALO ALVES, Porto, Lello & Irmãos — Editores, 1959.
- VITAL, FÉZAS, *Concessão de Terrenos nos Cemitérios [comentário à] Sentença de 20 de Fevereiro de 1925 do Juiz de Direito de Vouzela, Sr. Dr. Ernesto Nunes Lobo*, *Boletim da Faculdade de Direito*, ano VIII — n.º 71-80 (1923-1925), Coimbra-1926.

# RESPONSABILIDADE CIVIL E A MEDICINA ROBÓTICA: BREVES CONSIDERAÇÕES A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Jarbas Paula de Souza Junior

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A revolução tecnológica da saúde; 3 Cirurgia Robótica: dá autonomia do paciente à responsabilidade civil; 3.1 A autonomia do paciente e o ordenamento jurídico brasileiro; 3.2 Aspectos gerais da responsabilidade civil; 3.3 Legitimados passivos e o Código de Defesa do Consumidor; 3.4 Da falha do dever de informar; 4 Conclusão.

**Resumo:** Este estudo busca demonstrar que a relação médico-paciente foi marcada historicamente por diversas transformações e desenvolvimentos científicos. Com o transcorrer dos anos advieram inúmeros avanços tecnológicos na área da saúde, especialmente nas ciências médicas. Tais inovações estão remodelando exponencialmente a relação médico-paciente e todo o setor da saúde, na medida em que inúmeros procedimentos cirúrgicos começaram a ser realizados mediante a assistência robótica. Evidentemente, não há só benefícios nas inovações tecnológicas robóticas, mas também riscos típicos dos próprios procedimentos cirúrgicos, que obrigam o profissional médico a adotar certos cuidados para utilização do referido aparato tecnológico. Nesse viés, é de suma importância que o profissional da medicina forneça de forma clara, completa e acessível toda a informação concernente ao procedimento cirúrgico robótico, especificadamente no atine a seus riscos e benefícios.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil; Inovação tecnológica; Relação médico-paciente; Cirurgia robótica.

**Abstract:** The author seeks to demonstrate that the doctor-patient relationship has been marked historically by several scientific transformations and developments. Over the years, numerous technological advances have occurred in the area of health, especially in medicine. Technological innovations are exponentially reshaping the doctor-patient relationship and the entire health sector, while countless surgical procedures are performed through robotic assistance and, consequently, civil liability resulting from possible damages. In this regard, it is of utmost importance that the medical

professional provides in a clear, complete and accessible way all information regarding the robotic surgical procedure, specifically in terms of its risks and benefits.

**Keywords:** Civil responsibility; Technologic innovation; Doctor-patient relationship; Robotic surgery.

## 1. Introdução

A relação médico-paciente foi marcada historicamente por diversas transformações e desenvolvimentos científicos. A primeira metade do século XX foi marcada pelos chamados procedimentos operatórios, que nada mais eram do que intervenções cirúrgicas, impulsionadas pelo desenvolvimento de técnicas de controle de hemorragias, infecções, métodos de assepsia e anestésias.

Com o transcorrer dos anos, advieram inúmeros avanços tecnológicos na área da saúde, especialmente na medicina. A partir da segunda metade do século XX e início do século XXI, surgiram as cirurgias de transplantes de órgãos, utilização de próteses, cirurgias por vídeo e, finalmente, a medicina robótica que tem revolucionado a prestação de cuidados à saúde.

As inovações tecnológicas, ainda mais na Era do *Big Data*, da *Internet das Coisas* (IoT), estão remodelando exponencialmente a relação médico-paciente e todo o setor da saúde. Notadamente, inúmeros procedimentos cirúrgicos que, atualmente, representam a medicina do futuro

estão sendo realizados mediante a assistência de robôs<sup>(1)</sup>.

A revolução 4.0<sup>(2)</sup>, ocasionada por uma explosão informacional, tem contribuído sobremaneira para o aperfeiçoamento e efetividade de consideráveis intervenções cirúrgicas. Maior precisão, menor riscos de infecção, redução da perda de sangue e do tempo cirúrgico, incisões menores e uma recuperação mais rápida, são alguns dos benefícios intrínsecos aos procedimentos cirúrgicos robóticos.

Evidentemente, não há só benefícios nas inovações tecnológicas robóticas, mas riscos típicos dos próprios procedimentos cirúrgicos, que obrigam o profissional médico a adotar certos cuidados para utilização do referido aparato tecnológico.

Por isso, é de suma importância que o profissional da medicina forneça de forma clara, completa e acessível toda a informação concernente ao ato cirúrgico robótico, tanto no que se refere ao procedimento em si (riscos, cuidados pós-operatórios, etc.), quanto ao que se denota do uso da tecnologia.

Nessa ótica de medicina tecnológica, o que se pretende com o presente artigo, partindo de premissas gerais e, sem a intenção de se esgotar o assunto, é investigar e analisar, nas correlatas literaturas jurídicas, os pressupostos

instrumentalizadores da responsabilidade civil no contexto da assistência cirúrgica robótica. Serão propostos como objetivos específicos deste trabalho analisar a revolução tecnológica experimentada pela saúde no Brasil, explorar as principais características atinentes aos procedimentos cirúrgicos robóticos e, avaliar a cirurgia robótica e a correlata responsabilidade civil decorrente sob a ótica dos legitimados passivos à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da indispensabilidade da implementação do dever de informação e do respeito à autonomia do paciente.

De fato, o que se objetiva com o presente arrazoado é responder, dentre outras indagações: de quem seria a responsabilidade se o procedimento médico robótico falhasse, causando dano a algum paciente (legitimados passivos)? De quem seria a culpa? Como se daria a responsabilização? Quais seriam as suas espécies? Quais seriam os seus fundamentos legais?

Para tanto, foi adotado como método de abordagem, o método dedutivo, cuja finalidade é abordar o conteúdo a partir de “argumentos gerais para argumentos particulares” (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 65).

Como método de procedimento instrumental, utilizou-se predominantemente a pesquisa bibliográfica, na qual foram utilizados livros, periódicos nacionais e internacionais e, páginas da *internet* que exploram a temática da responsabilidade civil e procedimentos cirúrgicos robóticos.

Desse modo, com base nessas preliminares considerações, o presente artigo traz um pontual panorama da revolução tecnológica experimentada pela sociedade, particularmente na área da medicina e do procedimento cirúrgico robótico, sem, entretanto, qualquer pretensão de exaurir essa inquietante temática.

<sup>1</sup> O que se convencionou denominar de cirurgia robótica.

<sup>2</sup> Segundo Perasso (2016), a revolução 4.0 acontece após três processos históricos transformadores. A primeira marcou o ritmo da produção manual à mecanizada, entre 1760 e 1830. A segunda, por volta de 1850, trouxe a eletricidade e permitiu a manufatura em massa. E a terceira aconteceu em meados do século 20, com a chegada da eletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações. Agora, a quarta mudança traz consigo uma tendência à automatização total das fábricas - seu nome vem, na verdade, de um projeto de estratégia de alta tecnologia do governo da Alemanha, trabalhado desde 2013 para levar sua produção a uma total independência da obra humana. Em apurada síntese, a revolução 4.0 é a revolução das nanotecnologias, neurotecnologias, robôs, inteligência artificial, biotecnologia, sistemas de armazenamento de energia, drones e impressoras 3D.

## 2. A revolução tecnológica da saúde

A saúde desperta o interesse da humanidade desde a sua origem, sendo que o combate aos males que afligem o ser humano e o fascínio em desafiar Deus sempre foram objeto de estudos e investigações, convertendo-se de ciência incipiente para um dos ramos mais respeitados e complexos das comunidades científicas atuais.

Durante muito tempo, o ser humano preocupou-se tão somente com a “busca da preservação da saúde humana ou, noutra perspectiva, a luta contra a doença ou a enfermidade que acompanha a história da humanidade” (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 9).

De acordo com Drumond (2009, p. 21), foi fundada no temor do homem com a sua saúde que se originou a medicina:

[...] a medicina, entendida como ato de socorro ou ajuda ao ser humano, teve início, de fato, com aparecimento do homem no planeta. Seus primeiros praticantes foram feiticeiros — médicos ou xamãs — que utilizavam rezas, exorcismos e invocações a deuses ou ao desconhecido, juntamente com tratamentos físicos (frio, calor), plantas medicinais e certas intervenções cruentas, como trepanações, como forma de libertar o enfermo dos demônios que o possuíam.

Entretentes, a evolução social nos conduziu a um novo modelo de desenvolvimento: passamos de uma sociedade agrícola e industrial, para uma sociedade da informação, lastreada na tecnologia, na geração, processamento e disseminação de conhecimento por meio da virtualização dados.

Passou-se a entender a sociedade da informação como o período que se inicia após a preponderância da informação sobre os meios de produção, observando-se que o conhecimento está em tudo o que se produz, se vende ou se compra (LISBOA, 2006, p. 81).

Em decorrência disso, está ocorrendo uma verdadeira transformação no setor de saúde e, conseqüentemente, na relação médico-paciente. Dados pessoais de pacientes passaram a integrar banco de informações, transformando-se em matéria-prima essencial para uma economia consubstanciada na exploração de tecnologias e comunicação.

A área da saúde é um campo fértil à concretização de novas tecnologias, seja na prevenção, no diagnóstico ou no tratamento das enfermidades que inquietam a humanidade. Em uma sociedade tecnológica (informacional), onde dados pessoais de saúde converteram-se em um expressivo ativo econômico, não se pode afastar a evolução da medicina e da saúde inteligente (*smart health*).

Nesse recente cenário apresentam-se novos segmentos tecnológicos que não só auxiliarão os cuidados da saúde (hipótese de cirurgia robótica), como também subsidiarão a formação de diagnósticos médicos, seja por meio do processamento em massa de dados de saúde (*big data*) ou da utilização de algoritmos de aprendizado profundo (*deep learning*) da inteligência artificial.

A medicina tradicional, assim como há muito já havia ocorrido com o paradigma paternalista<sup>(3)</sup>, encontra-se em vertiginosa evolução para a era da medicina digital. Um novo modelo de medicina desponta: uma medicina que, conforme os investigadores do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Ferreira e Dias Pereira (2020, p. 15), “analisa em pormenor o fenótipo e o genótipo de cada indivíduo com o objetivo de definir uma apropriada estratégia

<sup>3</sup> Deixou o paciente, por exemplo, de ser apenas um objeto da prática médica (agente passivo) convertendo-se em sujeito ativo para aquiescer ou não com a terapêutica prescrita.

terapêutica e o momento certo de a introduzir e, ainda, de identificar as doenças [...] e o momento útil e a forma de as prevenir ou minorar”.

A citada transformação digital foi inaugurada no Brasil pela medicina intitulada como dos 4Ps<sup>(4)</sup>, já extensamente debatida na Europa e nos Estados Unidos. Esse inovador cenário de cuidados da saúde excede os limites do tratamento exclusivo das patologias, estimulando a adoção de medidas de melhoria da qualidade da vida dos cidadãos.

Ferreira e Dias Pereira (2020, p. 2) destacam que:

A personalização e a centralização do doente, nas suas várias vertentes, mais não são do que manifestações extremas da pauta da rastreabilidade que rege a sinfonia atual. As máquinas, sem surpresa, são o instrumento fundamental de um toque rastreável, e os humanos, em particular os médicos e os doentes, colocaram-nas no centro de tudo, mal se permitindo tomar quaisquer decisões relevantes sem a sua mediação. Há muito que a relação médico-doente não é uma relação a dois, porque o fundamental dessa relação de cuidado — a confiança — já tem a mediação de máquinas (de registro, de auxílio, de rastreio, de diagnóstico, etc.) [...].”.

Essa moderna forma de exercício da medicina se encontra estruturada em quatro pilares, quais sejam: a medicina preventiva, a medicina preditiva, a medicina personalizada e a medicina proativa. Ressaltam Dantas e Nogaroli (2020, p.14) que a:

[...] transformação do atendimento médico nesse modelo mais proativo, preventivo, preciso e centrado na individualidade de cada paciente tornou-se possível, nos últimos anos, a partir da combinação de grande volume de dados de saúde e *softwares* de inteligência artificial.

Para a ocorrência de tal revolução tecnológica,

<sup>4</sup> É uma nova forma de abordagem da medicina, lastreada na aplicação de ferramentas tecnológicas, bem como na utilização de quarto pilares fundamentais, quais sejam: a) prevenção; b) predição; c) personalização; e d) participação.

tornou-se indispensável a conversão das informações de saúde não eletrônicas para o ambiente virtual, o que, por sua vez, possibilitou a incidência da inteligência artificial na busca de diagnósticos mais eficientes, expandindo-se a capacidade de antecipação, intervenção, atendimento e gerenciamento de prognósticos de doenças.

Nesse contexto, é oportuno observar que, atualmente, a assistência tecnológica é utilizada como uma ferramenta de suporte para as decisões médicas (ou seja, não as substitui), em que pese sua colossal capacidade de processamento e análise de diferentes tipos de dados, bem como a acurácia de seus resultados.

No atual contexto global, de busca de soluções tecnológicas eficientes na área de saúde, poderíamos citar, como exemplo, a plataforma cognitiva *Watson for Oncology*, desenvolvida pela IBM. Seu funcionamento acontece a partir de um banco de dados alimentado “por informações obtidas de diretrizes relevantes, melhores práticas, periódicos médicos e livros didáticos” (IBM, 2020).

Ela é utilizada, por exemplo, desde 2017 pelo *Hospital do Câncer Mãe de Deus de Porto Alegre/RS* como um instrumento de assistência diagnóstica para tratamentos individualizados de sete tipos de câncer: colo do útero, pulmão, mama, intestino, reto, estômago e ovário (NEVES, 2019).

Ainda, segundo Neves (2019):

O programa permite a clarificação de percepções, abordagem de novas formas e a tomada de decisões com mais confiança. E, com isso, hospitais começam a utilizar essa inteligência artificial para indicar, com maior precisão, os tratamentos mais adequados para cada paciente.

Não menos importantes foram também as contribuições tecnológicas envolvendo procedimentos cirúrgicos, na busca da excelência na prestação dos serviços médicos. As denominadas

“cirurgias assistidas por robôs” (cirurgia robótica), que serão pontualmente abordadas no presente artigo, são uma realidade mundial e objetivam, conjuntamente com a inteligência artificial, conferir maior segurança, rapidez e precisão às intervenções cirúrgicas.

Nesse sentido, poder-se-ia citar o robô cirurgião de assistência à saúde Da Vinci (*The Da Vinci Surgical System*), da empresa norte-americana *Intuitive Surgical*. Conforme informativo vinculado na página eletrônica do Hospital Sírio-Libanês (2020), o equipamento “é ideal para cirurgias que envolvam grande detalhamento anatômico ou procedimentos cirúrgicos realizados em pequenos espaços e cavidades.”.

Para Devillers (2020, p. 261), justifica-se a importância da robótica na medicina pela vasta gama de aplicações da tecnológica nos domínios da prevenção, assistência, supervisão, estímulo e acompanhamento das pessoas.

Além disso, segundo Fiorini (2018, p. 10), o aparato tecnológico é utilizado em cirurgias minimamente invasivas, sobretudo nas especialidades de urologia, ginecologia, cirurgia geral, torácica e abdominal, fora a neurocirurgia — devido à sua especificidade em relação à necessidade de exatidão milimétrica na intervenção cirúrgica.

Dessa forma, são incontestáveis os benefícios introduzidos pela revolução tecnológica da saúde, mormente pela medicina 4Ps, seja na elaboração de diagnósticos mais precisos, seja na prevenção, no prognóstico efetivo e fidedigno de doenças ou na utilização de assistência robótica em procedimentos cirúrgicos.

Nos dizeres sapientes da professora e investigadora do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ferreira (2017, p. 3): “O ser humano

é, abstratamente, mais falível. As máquinas não apresentam qualquer necessidade de bem-estar nem estados emocionais que possam ser inadequados ao bom exercício das funções.”.

No próximo título, serão abordadas as eventuais implicações éticas e legais, no que atine à responsabilidade civil, decorrentes da utilização da cirurgia robótica.

### 3. Cirurgia Robótica: Da Autonomia do Paciente à Responsabilidade Civil

As últimas décadas foram extremamente promissoras no que tange à ascensão tecnológica. Antes assíduas ocupantes de filmes de ficção científica, as “máquinas que monotonamente repetiam movimentos, como citado pelo escritor tcheco Capek, em 1921, ao ultra-inteligente robô de Issac Asimov nos anos 50, indo ao encontro dos familiares R2D2 e C3PO de Guerra nas Estrelas” afixaram-se na atual sociedade (SKINOVSKY; CHIBATA; SIQUEIRA, 2008).

No panorama de uma sociedade da informação, tecnologias como a robótica são personagens indissociáveis para a evolução da assistência à saúde da população, mas sem ignorar a existência de aspectos éticos e legais a serem enfrentados.

A professora e Doutora Ana Elisabete Ferreira, em colóquio ministrado na 7ª edição do Curso de Especialização em Direito da Medicina, realizado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Coimbra em janeiro de 2020, classificou, quanto a tipologia, os robôs de assistência à saúde como: a) de auxílio; b) avançados; e c) de substituição.

Segundo a citada catedrática os robôs de auxílio são aqueles assistentes médicos robóticos que contribuem para o monitoramento estatístico dos sinais vitais do paciente, bem como alertam para a necessidade de presença humana na sala,

permitindo a monitoração de vários pacientes ao mesmo tempo; são aqueles que possibilitam a inserção automática de informações no processo clínico do paciente; são os carrinhos robóticos que dispensam suprimentos de forma automatizada, como também os robôs que funcionam como instrumentos de cirurgia — sua utilização permite, exemplificativamente, pequenas e precisas incisões.

Nesse contexto os robôs avançados seriam os dispositivos utilizados na desinfecção de blocos operatórios, na colocação de substâncias em salas de quarentena ou de isolamento; consistiriam nos robôs de montagem de materiais e equipamentos de saúde de forma segura e de análises clínicas — responsáveis pelo recolhimento e armazenamento de materiais coletados.

Por último teríamos os robôs de substituição, que seriam utilizados em investigação de ensaios clínicos de medicamentos, empregados em modelos computacionais de diagnóstico (comparação de análises e/ou exames complementares), auxiliariam na supervisão dos doentes, enfim, aqueles aplicados em exoesqueletos, nanorobôs farmacológicos<sup>5</sup>, robôs de estimulação etc.

O atual momento tecnológico vivenciado pela humanidade tem se mostrado propício ao desenvolvimento de novas tecnologias na área das ciências, especialmente nas ciências médicas. Entretanto, paralelamente a essa evolução digital, emergem alguns riscos associados à atividade médica, notadamente à cirurgia robótica.

Há não muito tempo, ensinava Rodotà (2012, p. 341), em tradução livre, que:

Nas descrições das transformações do mundo, ligadas à inovação científica e tecnológicas, se fala de um corpo

destinado a se tornar uma ‘máquina neuro-bio-info-nano’. O corpo, portanto o lugar para definição do humano, nos aparece hoje como um objeto onde se manifesta e se realiza uma transição que parece querer desapossar o homem do seu território, propriamente a corporeidade, fazendo-o ‘reclinar’ no virtual ou modificando os seus caracteres em formas que não de hoje fazem falar de trans-humano ou de pós-humano.

A toda evidência são incontroversos os benefícios decorrentes do emprego da robótica, singularmente em procedimentos cirúrgicos, podendo-se citar como exemplo, nas palavras de Dantas e Nogaroli (2020, p. 26), a “eliminação dos tremores naturais da mão humana; maior flexibilidade dos braços robóticos, que podem girar 360°; maior precisão na incisão e sutura dos tecidos, com conseqüente diminuição da perda de sangue e cicatrizes menores”.

Não obstante as vantagens resultantes da aplicação da tecnologia, a cirurgia robótica trata-se, genuinamente, de uma intervenção cirúrgica com a devida ressalva pela redundância. Por isso, é suscetível, em virtude da complexidade e especificidade do organismo humano, a imprevisíveis e inesperadas reações, bem como aos riscos inerentes ao procedimento.

Kfoury Neto e Nogaroli (2020, p. 162) relatam que:

Nos Estados Unidos, entre os anos de 2000-2013, há 10.624 relatos de eventos adversos envolvendo o robô Da Vinci, que foram protocolados junto à *Food and Drug Administration* (FDA). Dentro desse universo de ventos danosos relatados, ocorreram morte em 144 casos (1,4%), lesões ao paciente em 1.391 casos (13,1%) e mau funcionamento do dispositivo robótico em 8.061 casos (75,9%). Os maiores relatos de mortes e lesões foram em cirurgias cardiotorácicas (6,4%) e de cabeça e pescoço (19,7%). Em que pese a maior frequência da cirurgia robótica ser realizada nas especialidades de ginecologia e urologia (quase 90%), o índice de mortes nestas especialidades variou entre 1,4% e 1,6%, respectivamente.

<sup>5</sup> Os nanorrobôs navegam pelos fluidos do corpo e são capazes de administrar remédios em locais específicos, corrigir lesões, tratar tumores etc, tornando tratamentos mais seguros e eficazes (SUMARES, 2017).

Uma das adversidades enfrentadas pelos profissionais da medicina, no que se refere à utilização de procedimentos robóticos, principalmente na modalidade telecirurgia<sup>(6)</sup>, é o denominado *time delay*<sup>(7)</sup> que é “a diminuição do tempo de latência entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a replicação pelo robô” (MORESCAUX; RÚBINO; SÓLER, 2008).

Esse atraso, relacionado exclusivamente à capacidade de retransmissão de dados digitais, mais do que representar um aumento do tempo cirúrgico “pode resultar em imprecisões cirúrgicas significativas, comprometendo a segurança do paciente e retardando a sua recuperação” (KFOURI NETO; NOGAROLI, 2020, p. 163).

Assim, ultrapassados os aspectos introdutórios da evolução da assistência à saúde devemos atentar que o respeito à autonomia do paciente, ou seja, a sua vontade, é fator determinante na legitimação das ações médicas, especialmente nos procedimentos robóticos, tornando-se indispensável ao tratamento médico a obtenção de uma decisão compartilhada.

### 3.1 A Autonomia do Paciente e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

A garantia da autonomia do paciente (liberdade de consentir) encontra-se positivada de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, dada a sua imprescindibilidade em um Estado Democrático de Direito.

Ao tratar da liberdade para consentir do paciente, como consequente da dignidade da pessoa

humana, aduz Roberto (2012, p. 37) que o:

Retrato do Estado Democrático de Direito existente e em consolidação no Brasil, o fundamento da dignidade da pessoa humana, depois do direito à vida, é a vigam-estra dos direitos e garantias fundamentais proporcionados pela Constituição Federal. Não há que se falar em sistema jurídico legítimo se não fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o direito de autodeterminação do paciente, para anuir ao tratamento médico robótico, encontra-se vinculado à garantia fundamental da liberdade. Posto isto, negando-se o paciente a determinada forma de tratamento, repentina imposição poderá implicar agressão à sua integridade pessoal.

Na prática, significa dizer que “a partir do momento em que o paciente esteja ciente de suas condições e das possibilidades de tratamento, ele é livre para escolher e consentir, pois possui garantia de liberdade para tanto (ROBERTO, 2012, p. 43)”. 93

Como era de se esperar, para Dantas (2019, p. 116), a previsão normativa substancial advém do artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal, o qual reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Entretanto, devemos atentar que, apesar da liberdade de fazer ou deixar de fazer algo seja uma garantia constitucional e um direito de todos os brasileiros ou estrangeiros que se encontrem em território nacional, existem limitações a essa proteção.

Schaefer (2020, p. 421) esclarece que:

De fato os discursos que a absoluta sobreposição de interesses sociais a interesses individuais na área da saúde sempre foram muito sedutores porque o apelo emocional é forte e não é diferente nesse momento em que o mundo enfrenta uma nova pandemia (provocada pelo SARS-COV-2 ou COVID-19). No entanto, é preciso reconhecer que há diversos valores que precisam ser ponderados em situações de emergência sanitária [...].

<sup>6</sup> O artigo 8º da revogada Resolução nº 2.227/2018 definiu telecirurgia como “a realização de procedimento cirúrgico remoto, mediado por tecnologias interativas seguras, com médico executor e equipamento robótico em espaços físicos distintos”.

<sup>7</sup> Diferença de tempo (atraso) entre o envio e o recebimento de um sinal ou informações de um sistema de comunicação (SIGNIFICADOS, 2020).

O atual momento de instabilidade mundial na área de saúde, decorrente da pandemia Covid-19, é emblemático nesse sentido, na medida em que, considerando a necessidade do combate ao coronavírus e a inexistência de uma “terapia farmacológica específica” (NOGUEIRA, 2020, p. 284), encontram-se relativizadas algumas liberdades constitucionais.

De atentar que, desde março de 2020, estão sendo implementadas no Brasil diversas medidas restritivas de liberdades, com o objetivo de reduzir o contato físico entre as pessoas e a velocidade de propagação dos casos de Covid-19, possibilitando que o sistema de saúde absorva os infectados.

Tendo em vista o que ocorreu em outros países, o Brasil implementou, por meio da edição da Lei nº 13.979/20 (Lei de Enfrentamento da Covid-19), estratégias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional Covid-19.

Entre as estipulações normativas para combate da Covid-19 estão: medidas de isolamento; quarentena; realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e, tratamentos médicos específicos; o uso obrigatório de máscaras de proteção individual; e a exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver.

Por tratar-se de uma situação excepcional, de emergência sanitária, não pode ser descartada a prática de circunstancial submissão compulsória e/ou obrigatoria a determinadas medidas, até mesmo novas violações a liberdades individuais.

Feitas as ressalvas pertinentes à possibilidade de eventuais limitações às liberdades constitucionais, impende-se destacar, igualmente, que também encontra amparo constitucional a liberdade do paciente para informar seu médico assistente acerca da recusa para determinado tratamento, inclusive

no que atine ao uso de aparatos tecnológicos.

Aludido direito à recusa está previsto, também, no artigo 5º, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, sendo que, nas palavras de Dantas (2019, p. 116), deve-se garantir ao paciente a prevalência da sua vontade “sobre a opção terapêutica escolhida pelo médico, ainda que ignorado argumentos técnicos e científicos, desde que esta seja uma decisão consciente [...]”.

Com efeito, o Código Civil (Lei nº 10.406/2020) possui regra específica no tocante ao direito à proteção da integridade física da pessoa humana. Alerta Roberto (2012, p. 61) que “a integridade física abrange o direito à vida, o direito ao próprio corpo e a liberdade de submissão a tratamento de saúde”.

Nessa perspectiva leciona Amaral (2003, p. 261):

A integridade física é a incolumidade do corpo humano, o estado ou a qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano. [...] O valor da vida e da integridade física tornam, por isso, extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição ou alteração da estrutura ou funcionamento normal do corpo humano, inclusive a simples ameaça contra a saúde.

Os artigos 11, 13 e 15 do Código Civil<sup>(8)</sup> abordam especificadamente a questão da personalidade e integridade física da pessoa humana, bem como são repletos de valores morais e éticos (bons costumes, constrangimento a tratamento médico ou intervenção cirúrgica).

<sup>8</sup> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeoso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Como vimos, o Código Civil possui regras específicas no tocante ao direito à proteção da integridade física dos seres humanos. Bem lembra Roberto (2012, p. 60) que “o direito à integridade física compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo [...] e à liberdade de alguém se submeter ou não a exame e tratamento médico”.

Da exegese dos dispositivos legais citados, extrai-se que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”, sem o prévio e informado consentimento, não importa se haja risco ou não à vida do paciente (ROBERTO, 2012, p. 64).

Todavia, existem exceções à autonomia do paciente no sistema normativo brasileiro, oportunidades em que haverá a possibilidade de dispensa do seu consentimento (ou do seu responsável), sem que ocorra qualquer desrespeito à integridade psicofísica do paciente e eventual responsabilização do profissional médico.

Os casos de urgência e emergência, conforme rapidamente abordado anteriormente, são circunstâncias em que se poderá relativizar a garantia de autonomia do paciente, uma vez que são oriundas de situações graves (acidentes de trânsito, paradas cardíacas, etc.), aliadas a impossibilidade da obtenção do consentimento, ocasiões em que estará legitimado o profissional de saúde a prestar a sua assistência.

Por seu turno, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), diploma legal que contempla os princípios, direitos e deveres dos médicos, elenca como um dos seus princípios fundamentais a autonomia do paciente, senão vejamos:

#### Capítulo I — Princípios Fundamentais

**XXI** - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com os ditames de consciência e as previsões

legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Segundo Dantas e Coltri (2020, p. 74-75), a presença do princípio da autonomia no Código de Ética Médica reforça a singularidade da alteração na relação médico-paciente, uma vez que deixa o profissional da saúde de preocupar-se unicamente “em salvar vidas humanas a qualquer custo”, passando a respeitar a liberdade de consentir do paciente de submeter-se ou não a determinado tratamento médico.

Dedica, ainda, o Código de Ética Médica, dada a importância do “melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”, fartas regras deontológicas (BRASIL, 2020, p. 11), sendo que, a título ilustrativo, poder-se-ia citar os artigos 22, 24, 26, 28, 31, 34 e 42<sup>(9)</sup>.

Nessa conjuntura, publicou o Conselho Federal de Medicina, em inúmeras oportunidades, Resoluções que regulamentavam e reconheciam a

<sup>9</sup> **Art. 22.** Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

**Art. 24.** Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

**Art. 26.** Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo científicá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

**Art. 28.** Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

**Art. 31.** Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

**Art. 34.** Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

**Art. 42.** Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

autonomia da vontade do paciente, para a prática de qualquer ato médico (DANTAS; COLTRI, 2020, p. 76).

Dentre as principais Resoluções, seguindo os ensinamentos da moderna doutrina de Dantas e Coltri (2020, p. 76-78), encontram-se:

Resolução nº 1.499/98, sobre práticas terapêuticas experimentais:

[...] O art. 124 do CEM veda ao médico usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para o uso no país, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências [...].

#### **Resolução nº 1.605/2000, sobre sigilo médico:**

O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.

Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante.

#### **Resolução nº 1.995/2012, sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes:**

[...] estabelece que nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontrem incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade, desde que estas diretivas não contrariem a lei ou as normas éticas que disciplinam a profissão.

Portanto, deve o médico, invariavelmente, respeitar a vontade do paciente (fundamental para a disposição do corpo), mesmo que entenda ser o procedimento indispensável à manutenção da integridade física ou psíquica deste.

A Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS), no que lhe toca, aborda as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, sendo que em seu artigo 7º, parágrafo 3º, “define como diretriz do Sistema

Único de Saúde (SUS) a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (DANTAS; NOGAROLI, 2020, p. 19).

Outro diploma legal que cristaliza o princípio da autonomia do paciente é o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que “em seu art. 17, garante a pessoa com mais de 65 anos, que esteja no domínio pleno de suas faculdades mentais, o direito de escolher o tratamento de saúde que considera mais favorável, mais apropriado” (DANTAS; COLTRI, 2020, p. 75).

Não menos importante no que condiz à autonomia do paciente é a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei nº 9.434/1997), que “no art. 10 [...] favorece a escolha do paciente em qualquer situação, prevalecendo inclusive sobre a opinião médica, ao demandar o expresso consentimento do receptor” (DANTAS; COLTRI, 2020, p. 75).

Finalmente, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), em seu artigo 146, § 3º, inciso I, ao tratar do constrangimento ilegal, é categórico em ditar que:

**Art. 146** - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Nos dizeres de Roberto (2012, p. 65), e em consonância com o disposto no §3º, inciso I, do art. 146 do Código Penal (conduta justificada pelo iminente perigo de vida), não responde o profissional da saúde “pela falta de consentimento, mas responderá se houver algum dano ao paciente, resultado de negligência, imperícia ou imprudência”.

Diante do exposto, conclui-se que a integridade psicofísica, que compreende “a vida, à saúde, a liberdade e a incolumidade do corpo de cada pessoa humana”, somente poderá ser violada, independentemente da tecnologia a ser aplicada na terapêutica prescrita (procedimento robótico), mediante a prévia concordância do paciente.

A partir da ocorrência de um evento adverso<sup>(10)</sup>, relacionado com a utilização do procedimento cirúrgico robótico, surgiu a necessidade de se apurar a ocorrência ou não de falha durante o procedimento, bem como a identificação da sua origem e, conseqüentemente, dos seus responsáveis (legitimados).

### 3.2 Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil

Não se pode olvidar que a responsabilidade civil do médico se ampliou juntamente com o advento das novas tecnologias do setor da saúde. Floreceu, em conformidade com as legislações contemporânea em cada época e sociedade. Desde o princípio da atividade médica, o profissional médico é responsabilizado em virtude de seus erros e, conseqüentemente, pelos resultados deles advindos.

Como corolário, dessa difusão tecnológica na área da saúde, foram potencializadas as probabilidades danosas. A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, é subjetiva. Por essa lógica fica obrigado a reparar o dano aquele indivíduo que, por ato ilícito, decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem (artigo 927, *caput*, cumulado

com artigos 186 e 187 todos do Código Civil). De acordo com o que será demonstrado na seqüência, a culpa do agente aqui considerada é a *stricto sensu*, contemplando a negligência, imprudência e a imperícia (excluiu-se da presente pesquisa as condutas dolosas).

Apesar disso, conforme se extrai do parágrafo único do artigo 927 do mencionado diploma civilista, restou recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva, na qual incide a 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.

Na hipótese em tela, se desconsidera a presença do elemento volitivo “culpa” para a eventual caracterização da responsabilização do agente. O que importa é atribuir ao agente o risco criado pelo exercício de determinada atividade, além da relação de causalidade entre o dano e a conduta perpetrada.

Com o surgimento da nominada teoria do risco surgiram algumas concepções, que são consideradas como modalidades dessa teoria, dentre as quais pode-se destacar duas (que poderiam ser aplicadas a condutas relacionadas a danos propiciados por procedimentos cirúrgicos robóticos): risco da atividade, na qual a própria atividade desempenhada tem o potencial de originar riscos a terceiros; e risco-proveito, que traz a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que obtém proveito econômico, lucro da prestação de uma atividade danosa.

Portanto, infere-se que as duas teorias do risco indicadas podem ser objeto de arguição, quando da ocorrência de danos causados em procedimentos cirúrgicos robóticos (equiparado a produto

<sup>10</sup> Gallotti (2004) define eventos adversos (EAs) “como complicações indesejadas decorrentes do cuidado prestado aos pacientes, não atribuídas à evolução natural da doença de base. (...) Quando decorrentes de erros, são denominados EAs evitáveis.”

potencialmente nocivo ou perigoso), ensejando a responsabilização do prestador do serviço.

Nessa conjectura, embora pelo Código Civil ocorra uma inclinação para que os danos eventualmente causados em procedimento médicos robóticos recebam a tutela pela via objetiva, pois edificados no risco da atividade, idêntico desfecho verterá na hipótese da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, consoante se demonstrará no próximo tópico.

### 3.3 *Legitimados Passivos e o Código de Defesa do Consumidor*

Ao discorrer sobre eventos adversos, em procedimentos cirúrgicos robóticos nos Estados Unidos, Mclean e Waxman (2004) registraram que há sempre o dilema de quem deve responder, o profissional da medicina (e/ou o hospital) ou o fabricante do equipamento. Ao passo que, diante do quadro de um evento adverso, o fabricante aponta a conduta culposa do médico na cirurgia robótica, já o profissional e o hospital indicam que o dano sofrido pelo paciente decorre de um mau funcionamento do robô durante a cirurgia.

Observa-se, então, que a problemática da análise da responsabilidade civil, no que pertine a legitimidade passiva dos sujeitos envolvidos na cirurgia robótica encontra-se, principalmente, na identificação do agente causador do dano (médico, hospital ou fabricante do equipamento).

A lacuna a ser preenchida condiz com a determinação do agente a quem, efetivamente, pode ser atribuída a responsabilidade pelo resultado danoso. Logo, torna-se substancial, para a imputação do dever de indenizar, determinar se o dano foi originado por uma conduta médica culposa (*stricto sensu*: negligência, imprudência e imperícia), por um serviço paramédico (falha na prestação

do serviço pela enfermagem, por exemplo, na regulação do robô ou na esterelização dos instrumentos robóticos) ou de serviço extramédico (má qualidade dos serviços de conservação do equipamento robótico pela entidade hospitalar, em desacordo com as recomendações do fabricante).

Em relação a responsabilidade essencialmente médica, revela Schaefer (2009, p. 220) que a responsabilidade do médico:

[...] será sempre subjetiva, pois a obrigação por ele assumida é obrigação, via de regra, de meio e não de resultado. Isso significa afirmar que a efetiva responsabilização dependerá da aferição de culpa *stricto sensu*, existência do dano e nexo de causalidade [...].

No entanto, há que se atentar que, reconhecida a culpa *stricto sensu* do profissional médico e, desde que esse atue na condição de empregado (preposto) ou integrante do corpo clínico de instituição hospitalar, clínica, ou outras instituições de saúde, haverá responsabilidade solidária da pessoa jurídica respectiva, por ocasional evento danoso ocorrido em seu interior.

Sublinha Kfourri Neto (2018, p. 130-137) que:

Se o médico for empregado do hospital — ou sócio-quotista, ou integrante do corpo clínico -, o estabelecimento será solidariamente responsável pelos atos culposos do seu preposto. (...) Em contrapartida, se o dano decorreu exclusivamente do ato médico, sem nenhuma forma de participação do hospital (inexistência de vínculo de preposição entre médico e nosocômio), responderá tão só o profissional da medicina.

Dessa maneira, na hipótese de o médico não possuir qualquer espécie de vínculo com a entidade de prestação de serviços de saúde, deverá ser excluída a responsabilização solidária da pessoa jurídica, responsabilizando-se apenas o profissional médico (responsabilidade civil é subjetiva, apurada mediante verificação de culpa de acordo com a

exceção fixada no § 4º desse mesmo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor), por inesperada falha no procedimento robótico — e ressaltando-se, é claro, o direito de regresso do profissional da saúde em face do fabricante e/ou fornecedor na hipótese de falha, especificamente, da tecnologia robótica.

Com o objetivo de elucidar a fonte de uma eventual falha nos procedimentos robóticos, concebem Kfourri Neto e Nogaroli (2020, p. 166) que:

[...] em 2017 desenvolveu-se um dispositivo chamado “dVLogger” espécie de “caixa-preta” acoplada no robô cirurgião Da Vinci, que grava vídeo e metadados durante a cirurgia. Por meio desse recurso, captura-se o posicionamento dos instrumentos e como o médico está conduzindo o movimento do robô. Com a *metadata evidence*, auxilia-se na elucidação do que de fato ocorreu (culpa médica ou defeito do produto) no momento da intervenção médica. Pode-se constatar, por exemplo, que durante a cirurgia o robô emitiu algum aviso de erro, mas o médico desconsiderou o alerta e optou por assumir o risco de dar continuidade ao ato cirúrgico. Ou, ainda, pode-se verificar um mau funcionamento do próprio robô, que realizou inesperadamente algum movimento.

De mais a mais, por tratar-se de uma prestação de serviço, assistência médico-cirúrgica mediante a utilização de robô, ocorre a incidência das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, dentre elas a responsabilidade solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecimento<sup>(11)</sup>.

Imagine-se que um hospital adquire um equipamento robótico para realização de cirurgias. Durante uma cirurgia o equipamento robótico apresenta um defeito de delay e faz um movimento

brusco com seu braço cirúrgico provocando sérias lesões no coração de um paciente. Ocorre que, apesar da intervenção tempestiva da equipe de apoio, formada por anestesista, médico cirurgião, *procto*<sup>(12)</sup>, enfermeiros e instrumentadores, o paciente acaba por falecer por parada cardiorespiratória.

Em tal caso, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, estarão legitimados a indenizar os familiares do paciente qualquer um dos fornecedores, prevalecendo aqui a solidariedade passiva, isto é, terá o paciente a opção de demandar contra todos os fornecedores do serviço (médico, fabricante do robô, fabricante da peça defeituosa, importador do equipamento robótico e hospital) ou em face de alguns ou um deles, ressaltando-se o direito de regresso.

Com efeito, é notório que o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de punir os fornecedores inescrupulosos de produtos ou serviços e acautelar os direitos dos usuários (pacientes) contra acidentes de consumo e vícios, acolheu, como regra, o instituto da responsabilização civil objetiva dos fornecedores<sup>(13)</sup> e, como exceção, a responsabilização subjetiva dos profissionais liberais (médicos).

No que concerne à caracterização da culpa no Brasil, complementam Kfourri Neto e Nogaroli (2020, p. 168) que “não se torna necessária a intenção — basta a simples voluntariedade da conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns”.

<sup>11</sup> Conforme Kfourri Neto e Nogaroli (2020, p. 167), o paciente poderá demandar diretamente o hospital, que responderá objetivamente, assegurado o direito de regresso contra o fabricante. No caso da responsabilidade civil do fabricante de um dispositivo médico, tal como o robô cirurgião Da Vinci, há normas específicas aplicáveis nos diversos ordenamentos jurídicos.

<sup>12</sup> Médico especializado em cirurgia robótica, que possui elevado grau de conhecimento do robô.

<sup>13</sup> Agente causador do dano é compelido a ressarcir a vítima, independentemente da existência da culpa, simplesmente por ter ocorrido lesão patrimonial.

Por sua vez, agora em obra solo, expõe Kfouriri Neto (2002, p. 35) que:

O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se ao médico os indicadores que medem e graduam a culpa em geral. Não deve ele olvidar qualquer dos ensinamentos que compõem a base da sua arte, nem tampouco deixar de dar importância a essas regras. Deve, pois, conhecer e fazer tudo aquilo quanto um outro diligente ou diligentíssimo médico que se encontra nas mesmas condições suas saberia e faria. Ao se afastar dos cânones da medicina, previstos para as hipóteses, e caso daí sobrevenha dano, o médico agirá culposamente.

Necessário referenciar, assim, que ocorrerá a responsabilização do fabricante do equipamento robótico, independentemente da existência de culpa e como reza o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, por defeitos relativos ao robô cirurgião, seja no software ou em qualquer outro instrumento robótico, pela reparação dos danos causados ao paciente.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu título I, Capítulo IV, dispõe acerca da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, informando em seus dispositivos legais (arts. 8.º a 25), a possibilidade de responsabilização do fabricante. Schaefer (2009, p. 178) ao abordar o tema acentua:

O legislador preocupou-se em estabelecer noções e critérios para a comercialização de produtos e serviços, criando duas grandes órbitas de proteção (que não são excludentes entre si): a primeira, que tutela a incolumidade física e psíquica do consumidor definindo a responsabilidade decorrente de danos oriundos de fato do produto ou do serviço (acidente de consumo — arts. 12 a 17, CDC); e a segunda, que visa a tutela da incolumidade econômica do consumidor estipulando a responsabilização por vícios de produtos ou do serviço (incidentes de consumo — arts. 18 a 25, CDC).

Pelo relatado, considera-se defeituoso o robô quando não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração sua apresentação, uso e riscos e à época em que foi colocando em circulação. O fornecedor também será responsabilizado pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos acerca do seu produto, pois isto é considerado “defeito” e, com tal gera o dever de reparar.

Dias Pereira (2014, p. 834) lembra-nos que:

Diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, foram atenuando o paradigma da culpa, particularmente em âmbitos de especial risco, ou seja, setores de atividade humana onde, potencialmente, as consequências são mais gravosas e/ou especialmente amplas. As inovações nesta área começaram pela admissão de um conceito de culpa cada vez mais abstrato e menos subjetivo, a que se seguiu a introdução de presunções de culpa e de inversões do ônus da prova e, finalmente, a inserção crescente de zonas de responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva.

Por óbvio, não se desconsidera que, na cirurgia robótica, quem está no comando do procedimento cirúrgico é o médico, restando unicamente ao robô executar as ações determinadas pelo ser humano. Ocorrendo, então, uma total submissão das ações do robô cirurgião aos atos do seu controlador.

Conforme leciona Pires e Silva (2017, p. 248-249), na apuração de eventual responsabilidade civil, “ainda que o robô ou sistema inteligente tenha uma atuação direta no processo causal que resulta na produção do dano”, dever-se-á perquirir a retidão da conduta do profissional médico que estava no controle da máquina, a qual deve estar em conformidade com as *leges artis*.

À vista disso, percebe-se que, para a imputabilidade da responsabilidade civil aos procedimentos médicos robóticos, é indispensável a presença de uma conduta voluntária, dano injusto

e o nexo causal. Como se percebe pelas regras fixadas no Direito Brasileiro, a responsabilidade do médico é subjetiva, verificada mediante apuração da culpa, apesar do Código de Defesa do Consumidor instituir, como regra geral, que a responsabilidade do fornecedor de serviços, pelos riscos decorrentes de sua atividade lucrativa, é objetiva.

Notadamente caracteriza-se, substancialmente, a responsabilidade civil médica, pela deficiência de conhecimentos técnicos, o despreparo prático, a falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários para a realização da cirurgia robótica.

Colhe-se novamente, como oportuno, verificar os ensinamentos de Ferreira (2017, p. 14-15), que, citando Gonçalves e Amado Gomes, dispõe:

Em Portugal, a responsabilidade civil depende, em regra, da verificação da culpa, só sendo admissível a responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa nos casos expressamente previstos na lei, ou seja, tipificados. A assunção da responsabilidade objetiva demora, “um tanto pelas circunstâncias sociais (incremento gradual da aplicação da tecnologia aos processos de fabrico e aos objectos do quotidiano a partir de finais do século XIX), outro tanto pelas circunstâncias jurídicas (sensibilização gradual à teoria do risco criado), enfim, outro tanto ainda por razões axiológicas”.

Dessa forma, com o intuito de afastar circunstancial responsabilização civil em procedimento cirúrgico robótico, bastaria ao profissional médico, conforme dispostos no art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, comprovar que o resultado, considerado inadequado, não decorreu de conduta culposa ou falha do equipamento, isto é, que não agiu de forma negligente, imperita ou imprudente, sendo o dano simplesmente inerente do próprio ato interventivo.

Por derradeiro, outra questão de relevo, mencionada quando do julgamento do processo cível nº 0307386-08.2014.8.24.0023 em 30 de

dezembro de 2019 pela 4ª Vara Cível da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é a que ocorre na responsabilidade civil objetiva, modalidade risco-proveito, segundo a qual:

[...] responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2014, p. 524).

Nessa circunstância poderia se citar o caso de paciente que contrai, após realizar procedimento robótico, em nosocômio referenciado e certificado com protocolos da esterilização do equipamento robótico, infecção causada por agente bacteriano tipicamente hospitalar.

O fato, logicamente, atrairia a responsabilidade objetiva pelo erro do preposto do hospital (equipe responsável pela limpeza e protocolos de esterilização do equipamento robótico — serviço paramédico), a teor do que preconiza o § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo oportuno, advertir que o exemplo apresentado foi extraído e adaptado a partir de um caso real ocorrido no Brasil, sendo que o mesmo se encontra pendente de julgamento definitivo, portanto sem decisão transitada em julgado<sup>(14)</sup>.

Na esteira das lições de Kfoury Neto e Nogaroli (2020, p. 425), verifica-se que o fato de o hospital, onde realizou-se o procedimento cirúrgico, ter seguido protocolos e recomendações hospitalares e médicas não afasta o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo paciente e o serviço prestado pelo hospital (paciente contraiu infecção causada por agente tipicamente hospitalar após procedimento cirúrgico robótico), embora a discussão principal

<sup>14</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 4ª Vara Cível da Comarca da Capital. Processo Cível nº 0307386-08.2014.8.24.0023, julgado em primeiro grau em 30/10/2019.

seja se houve falha ou ausência de esterilização do robô de assistência cirúrgica.

Com o escopo de ilustrar a afirmativa alhures transcreve-se brevíssimo fragmento da fundamentação exarada em 1º grau, pela 4ª Vara Cível da Comarca do Capital Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 30/10/2019, quando do julgamento de caso semelhante ao exemplificado:

No caso dos hospitais, a infecção bacteriana é um risco intrínseco da atividade, devendo ser considerado um fortuito interno, que, a despeito da existência de cuidados pelo estabelecimento para evitá-lo, não tem o condão de elidir a causalidade.

Logo, tem-se que o contágio da bactéria pela paciente, em si, evidencia a falha do serviço, não havendo que se falar em inexistência de defeito.

Nessa linha lógica, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do agravo interno interposto no recurso especial nº 1.472.367/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, julgado em 06/12/2016, firmou entendimento de que “O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois essa decorre do fato da internação e não da atividade médica em si”. Restando clara a responsabilidade civil do hospital por defeito do serviço, tornando-se desnecessária a discussão sobre o robô estar ou não esterilizado.

Por fim, chama-nos a atenção que a decisão de 1º grau (exarada no processo cível nº 0307386-08.2014.8.24.0023) e a decisão do Superior Tribunal de Justiça (prolatada no recurso especial nº 1.472.367/SP), relativizaram o caráter liberatório da arguição de inexistência de defeito (existência de documentação comprobatória da esterilização do equipamento robótico) prevista no § 3º do artigo 14), restando, em atenção a teoria do risco-proveito, imputada ao hospital a responsabilidade pela infecção originada por bactéria especificamente hospitalar e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

### 3.4 Da falha do dever de informar

Outrossim, importante atentar que todo o procedimento médico cirúrgico, (cirurgia robótica não é exceção), desde o mais simplório, apresenta um risco inevitável, intrínseco à própria intervenção e que não pressupõe uma falha ou defeito na prestação do serviço. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2020, p. 423) defende ser impossível executar “determinados tratamentos sem riscos, às vezes até com efeitos colaterais, como a quimioterapia e a cirurgia em idosos e de saúde fragilizada, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança”

É corrente que a atividade médica é perigosa, possuindo risco imanente à natureza e à própria prestação do serviço, sendo que a cirurgia robótica não escapa à regra. Na esteira dessa lógica, acresce, novamente, Cavalieri Filho (2020, p. 423):

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. É nesse cenário que aparece a relevância do *dever de informar*. A falta de informação pode levar o médico ou o hospital a ter que responder pelo risco inerente, não pode ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão de informar ao paciente os riscos reais do tratamento.

Efetivamente, no intuito de salvaguardar residual responsabilização por falha do dever de informar, devem ser repassados e discutidos previamente à realização do procedimento, afora dos deveres de cuidado e sigilo, todos os riscos típicos e benefícios da cirurgia robótica.

O dever de informação, consoante Ragazzo (2009, p. 63), relaciona-se com o esclarecimento acerca do “diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, riscos e benefícios, entre outros dados, visando a possibilitar ao paciente a tomada de uma decisão informada quanto ao procedimento

médico a ser adotado.”

Reforça Cavalieri Filho (2020, p. 424) que:

[...] além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada [...].

No julgamento do Recurso Especial nº 1.540.580, relator Ministro Luis Felipe Salomão, encontra-se uma didática exteriorização da implementação do dever de informação:

[...]

O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

[...]

Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.

Nesta toada, não é exagero afirmar ser obrigação inalienável do profissional médico, entidade hospitalar, clínica ou outras instituições de saúde, sob pena de responsabilização civil, transmitir e esclarecer ao paciente, de forma prévia à realização do procedimento cirúrgico robótico, todas as informações pertinentes ao procedimento a ser realizado, como também todo o prognóstico dele decorrente.

Ademais, o professor e jurista português Dias Pereira (2004, p. 536) pontua, de forma precisa, que a informação padronizada não pode prevalecer sobre as circunstâncias concretas do paciente em cada caso, afastando-se das particularidades gerais da patologia concernida ou deixando de representar a relação tipicamente dialógica em que deve estar assentada a relação médico-paciente. Mesmo que existam informações genéricas, elas, obrigatoriamente, devem relacionar-se com as individualidades concretas e o quadro clínico do paciente.

A doutrina e jurisprudência atuais brasileiras consideram que as obrigações do médico, abrangido nesse sentido o dever de informação, constituem uma relação de consumo, sendo, portanto, aplicáveis às regras do Código de Defesa do Consumidor que dispõem sobre a obrigação de informar (arts. 6º, 9º e 31), além da cláusula geral de boa-fé e das obrigações éticas fixadas pelo Código de Ética.

Nesse sentido, alicerçado em Ragazzo (2009, p. 65), consolidou-se na jurisprudência pátria o entendimento de que a relação médico-paciente, “por caracterizar uma prestação de serviço, está subordinada ao regramento previsto no Código de Defesa do Consumidor, estado o profissional obrigado a informar ao paciente os riscos e consequências possíveis [...]”.

Diante dessas características, a responsabilidade civil médica derivada de procedimento robótico decorrente da falha no dever de informar, encontra supedâneo normativo tanto no Código de Defesa do Consumidor como na cláusula geral de boa-fé objetiva. Indissociável, então, se demonstra a obrigação do médico, como fornecedor de serviços, de informar todos os riscos inerentes ao procedimento, possibilitando a tomada de uma decisão livre e esclarecida.

Contudo, deve-se, ainda, considerar que, tão importante quanto a transmissão e esclarecimento das informações atinentes ao procedimento médico a ser efetivado, é o exercício da autonomia do paciente. Referido, inicia-se desde o momento da escolha do profissional da saúde responsável pelo procedimento robótico, transcorrendo durante todo o interregno do tratamento, ultimando-se, após a aplicação de todas as técnicas e meios adequados.

#### 4. Conclusão

A Era Digital marcou o início de uma revolução na área da saúde. Os avanços tecnológicos e o advento das cirurgias assistidas por robôs transformaram as formas de intervenções cirúrgicas, tornando-as mais precisas, rápidas, pouco agressivas, e com uma vertiginosa recuperação pós-operatória, em comparação ao procedimento convencional.

Ao logo do presente artigo, procurou-se demonstrar que não só há benefícios, mas também riscos derivados da utilização da tecnologia robótica em procedimentos cirúrgicos, obrigando o profissional médico a adotar certos cuidados para utilização do referido aparato tecnológico.

Conforme mencionado por Kfoury Neto e Nogaroli (2020, p. 184) a despeito das consideráveis vantagens das cirurgias robóticas, é indispensável para a validade do ato cirúrgico que o paciente seja informado acerca da “experiência do médico e do hospital com a tecnologia robótica, além da possibilidade de eventos adversos levarem à necessidade de transformação da cirurgia robótica para uma cirurgia aberta”, fato que alterará, por si só, toda a expectativa depositada no moderno procedimento, bem como intensificará os seus riscos.

Ademais, não se pode afastar a existência de riscos de falha do mecanismo robótico, em

decorrência, por exemplo, do nominado tempo de latência (*time delay*) existente entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a repetição pelo robô, sendo que o paciente deverá ser devidamente cientificado sobre esse perigo.

Diante dessas particularidades, torna-se imprecindível, para o legítimo emprego do procedimento cirúrgico robótico, que todas essas informações sejam transmitidas e esclarecidas ao paciente pelo profissional da medicina; do contrário, poderá ser positivada a sua responsabilização, não por acidental falha (erro médico), mas pela violação do dever de informar o paciente (fonte autônoma do dever de reparar).

Em relação à legitimação passiva, apurou-se ser substancial, para a imputação do dever de indenizar, determinar a origem do dano, ou seja, se esse se originou de uma conduta médica culposa (*stricto sensu*, negligência, imprudência e imperícia) ou foi decorrente de falha do equipamento robótico.

Reconhecida a culpa *stricto sensu* do profissional médico e atuando esse na condição de empregado (preposto) ou integrante do corpo clínico de instituição hospitalar, clínica, ou outras instituições de saúde, haverá responsabilidade solidária do médico e da pessoa jurídica a que esse se encontra vinculado pelo evento danoso.

Já, na hipótese de o médico não possuir vínculo com a entidade de prestação de serviços de saúde, será excluída a responsabilização solidária e ocorrerá, unicamente, a responsabilização do profissional médico, por sua conduta desidiosa ou até mesmo por inesperada falha da tecnologia robótica.

Importante deduzir que, por tratar-se de uma prestação de serviço - assistência médico-cirúrgica mediante a assistência de um robô -, mesmo que se esteja diante de uma falha do equipamento robótico, haverá a incidência das regras previstas

no Código de Defesa do Consumidor, dentre elas a responsabilidade solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecimento — ressaltando-se, é claro, o direito de regresso do profissional médico em face do fabricante e/ou fornecedor do equipamento robótico em caso de falha deste.

Por derradeiro, depreende-se do evidenciado a fundamental importância de o paciente compreender as informações transmitidas pelos profissionais da medicina, devendo, em uma Sociedade da Informação, servir as cirurgias robóticas como fundamental ferramenta de apoio aos profissionais, sem o condão, contudo, de substituí-los.

### Referências

- ADAMS, Martin B.; DOPF, Glenn W. Legal aspects of setting up a robotic program. In: FONG, Yuman et al. **The sages atlas of robotic surgery**. Suíça: Springer, 2018.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira de Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Cascais: Editora Príncipia, 2017.
- BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BRASIL, **Decreto-Lei n° 2.848** (Código Penal). 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei n° 10.406** (Código Civil). 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei n° 10.741** (Estatuto do Idoso). 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10741.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei n° 13.979** (Lei de Enfrentamento da Covid-19). 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei n° 8.080** (Lei do SUS). 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- BRASIL, **Lei n° 9.434** (Lei de Transplantes de Órgãos). 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=%C3%93RG%C3%83OS%20E%20PARTES%20DO%20CORPO%20HUMANO%20PARA%20FINS%20DE%20TRANSPLANTE](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=%C3%93RG%C3%83OS%20E%20PARTES%20DO%20CORPO%20HUMANO%20PARA%20FINS%20DE%20TRANSPLANTE)>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL, **Resolução do CFM n° 1.821**. 2007. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BRASIL, **Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.217** (Código de Ética Médica). 2018. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL, **Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.227**. 2018. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao222718.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no Recurso Especial n° 1.472.367-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102792156&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ca>>. Acesso em: 29 set. 2020.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n° 1.540.580-DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1540580&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos; COLTRI, Marcos Vinícius. **Comentários ao código de ética médica**. 3. ed. Ver. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos; NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde: telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial. In: DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos *et al.* **Revista de direito médico e da saúde: doutrina, legislação, jurisprudência**. 21. ed. Brasília: Vem Mais Editoração, 2020.
- DEVILLERS, Laurence. Social and emotion robots: useful artificial intelligence in the absence of consciousness. In: NORDLINGER, Bernard; VILLANI, Cédric; RUS, Daniela (Coord). **Healthcare and artificial intelligence**. Cham: Springer, 2020.
- DIAS PEREIRA, André. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- DIAS PEREIRA, André. **O consentimento informado na relação médico-paciente — estudos de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FERREIRA, Ana Elisabete. **Partilhar o mundo com robôs autônomos: a responsabilidade civil extracontratual por danos. Introdução ao problema**. 2017. <<http://www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cj-2.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2020.
- FERREIRA, Ana Elisabete; DIAS PEREIRA, André. Uma ética para a medicina pós-humana: propostas ético-jurídicas para a mediação das relações entre humanos e robôs na saúde. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. **Responsabilidade civil e medicina**. São Paulo: Editora Foco, 2020.
- FIORINI, Paolo. History of robots and robotic surgery. In: FONG, Yuman *et al.* **The sages atlas of robotic surgery**. Cham: Springer, 2018.
- GALLOTTI, Renata Mahfuz Daut Gallotti. **Eventos adversos — que são?**. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&t&p302004000200008&lng=pt&nrm=iso&tln-g=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&t&p302004000200008&lng=pt&nrm=iso&tln-g=pt)>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- IBM, **Watson for oncology**. Disponível em: <<https://www.ibm.com/watson/br-pt/health/oncology-and-genomics/>>. Acesso em: 06 ago. 2020.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. **Responsabilidade civil e medicina**. São Paulo: Editora Foco, 2020.
- LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MCLEAN, Thomas R.; WAXMAN, S. **Robotic surgery litigation**. Proceeding of the Institution of Mechanical Engineers, part. C: Journal of Mechanical Engineering Science, v. 224, 2004. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1243/09544062JMES1961>>. Acesso em: 07 ago. 2020.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MORESCAUX, Jaques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-assisted remote surgery. In: KUMAR, Saajeesh; MORESCAUX, Jaques. **Telesurgery**. Londres: Springer, 2008.
- NEVES, Úrsula. **Tecnologias que ampliam o acesso a tratamento e diagnósticos no Brasil: Watson for Oncology e Oncofoco**. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/tecnologias-que-ampliam-o-acesso-a-tratamentos-e-diagnosticos-no-brasil-watson-for-oncology-e-oncofoco/>>. Acesso em: 06 ago. 2020.
- NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Responsabilidade civil do médico na prescrição *off label* de medicamento para a Covid-19. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego;

- ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Foco, 2020.
- PERASSO, Valéria. **O que é a 4ª revolução industrial — e como ela dev afetar nossas vidas**. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>>. Acesso em: 06 ago. 2020
- PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. **A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do parlamento europeu**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.7, n. 3, 2017.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009.
- RAPOSO, Vera Lúcia. **A responsabilidade do produtor por danos causados por dispositivos médicos**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ano 2, n. 5, 2013.
- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.
- SCHAEFER, Fernanda. **Procedimentos médicos realizados à distância e o Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SCHAEFER, Fernanda. Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social a responsabilidade de responsabilização civil em caso de recusa de imunização. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Editora Foco, 2020.
- SIGNIFICADOS. **Delay**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/delay/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- SKINOVSKY, James; CHIBATA, Maurício; SIQUEIRA, Daniel Emilio Dalledone. **Realidade virtual e robótica em cirurgia — aonde chegamos e para onde vamos?** 2008. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-69912008000500011&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-69912008000500011&script=sci_arttext)>. Acesso em: 07 ago. 2020.
- SUMARES. Gustavo. **Cientistas criam nanorrobôs que navegam pelo corpo humano para tratar câncer**. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/cientistas-criam-nanorrobos-que-navegam-pelo-corpo-humano-para-tratar-cancer/72560>>. Acesso em: 29 set. 2020.



# AUTONOMIA: O DIREITO À MORTE DIGNA E A EUTANÁSIA

Gabriela Reis Rodrigues de Lima

**Resumo:** *A presente pesquisa tem como objetivo discutir a legalização da eutanásia e o suicídio a partir do estudo jurídico-penal comparado, considerando a perspectiva da mudança na relação médico-paciente e do avanço da medicina, que, por sua vez, possibilita e induz o prolongamento da vida humana a todo custo.*

*Será proposta, ainda, uma discussão da valoração da proteção da vida e da autonomia do paciente — paradigmas ainda atuais — a fim de garantir a dignidade da pessoa humana do paciente, inclusive na sua morte.*

*Além disso, este trabalho tem como objetivo evidenciar a cotidiana insegurança jurídica vivenciada pelos médicos, visto que o respeito ao direito de autonomia e autodeterminação do paciente poderá causar-lhes implicações cíveis, éticas e penais que não deveriam lhe ser impostas.*

*Busca-se, portanto, através do estudo comparado de ordenamentos jurídicos uma possibilidade de solução do dilema da legalização da eutanásia e do suicídio assistido com o propósito evolutivo das sociedades multiculturais e globalizadas.*

**Palavras-chave:** *Eutanásia. Suicídio assistido. Legalização. Dignidade. Morte digna.*

**Abstract:** *This research aims to discuss the legalization of euthanasia and suicide from the comparative legal-penal study, considering the perspective of changing the doctor-patient relationship and the advancement of medicine, which, on its turn, enables and induces prolongation of human life at all costs.*

*It will also be proposed a discussion on the valuation of the protection of life and the patient's autonomy — paradigms that are still present — in order to guarantee the dignity of the patient's human person, including in their death.*

Additionally, this research aims to highlight the le-

gal insecurity experienced by doctors daily, given that respect for the patient's right to autonomy and self-determination may cause civil, ethical and penal implications that should not be imposed on them.

*Therefore, this comparative study of legal systems seeks, a possibility of solving the dilemma of the legalization of euthanasia and assisted suicide with the evolutionary purpose of multicultural and globalized societies.*

**Keywords:** *Euthanasia. Assisted suicide. Legalization. Dignity. Dignified death.*

## 1. Introdução

A sociedade humana vive em constante mudança; atualmente, é estruturada pelos pilares da liberdade, autonomia e individualismo, considerando seus dogmas, valorações e os ditames da moral. Por isso, o direito não pode ser considerado como um conjunto de normas imutáveis, mas deve se orientar e se adequar conforme as diversas mudanças sociais<sup>(1)</sup>.

Uma dessas mudanças tem se mostrado na relação médico-paciente: até a década de 70, o médico era visto como superior, o que significa que suas decisões não eram contestadas e que o paciente era mero objeto do tratamento. Configurava-se, assim,

<sup>1</sup> MENDONÇA, Maria Teresa Correia Matos Carmona. *Eutanásia: um olhar bioético*. 2015. Trabalho de conclusão (Mestrado em Ética, Deontologia e Direitos Médicos) — Faculdade de Medicina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/30435>. Acesso em: 15 jul. 2020.

uma hierarquia verticalizada, marcada pelo paternalismo<sup>(2)</sup>. A mudança ocorreu precisamente nesse cerne, na medida em que o advento e o progresso científico-tecnológico, junto ao consequente aumento do acesso à informação, transformou o paradigma de uma relação verticalmente hierarquizada em uma relação horizontal, sinalagmática em termos obrigacionais (direitos e deveres) e de trato profissional<sup>(3)</sup>. Resulta-se, assim, o paciente enquanto sujeito detentor de autonomia, o que exige uma relação de confiança por intermédio de seu convencimento livre e esclarecido, por meio do conhecimento técnico científico do médico<sup>(4)</sup>.

Dessa forma, José Eduardo Siqueira (2016) orienta desta maneira os profissionais da saúde: “diante da necessidade de tomar decisões que envolvam conflitos morais complexos, o façam utilizando o diálogo simétrico e cooperativo, considerando as diferentes percepções pessoais, na busca de soluções razoáveis e prudentes”<sup>(5)</sup>.

Além disso, o advento tecnológico e o surgimento da biotecnologia trouxeram ao médico novos embates e dilemas profissionais, que cada vez mais adentram às normas bioéticas em conflito com a tradicional formação acadêmica/filosófica e sua consciência profissional, em contrapartida aos

demais posicionamentos da sociedade<sup>(6)</sup>.

Nesse mesmo sentido, demonstram acordo Siqueira e Meirelles ao afirmarem que “o extraordinário avanço da tecnologia biomédica aliada ao uso acrítico de métodos de semiologia armada descharacterizou a medicina como arte, levando o profissional a se distanciar das dimensões psicossociais das pessoas enfermas”<sup>(7)</sup>.

Diante desse contexto, vale considerar que discurrir a morte ainda é um tabu.<sup>(8)</sup> A hiper valoração da vida como um direito fundamental, supraconstitucional e absoluto,<sup>(9)</sup> ligado à dignidade da pessoa humana, gera a não aceitação de que o ser humano é findo, ou seja, de que, a partir do nascimento, o ser humano passa a morrer; é a única certeza que a humanidade tem.<sup>(10)</sup>

Maria Daniela Teixeira Araújo complementa: “a abrangência do tema em questão, a disparidade de opiniões, a diversidade cultural, o sentido que cada ser individual atribui à sua vida origina mesmo que não intencionalmente o não vislumbrar de uma co-

<sup>6</sup> FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 13 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 11.

<sup>7</sup> SIQUEIRA, José Eduardo; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Reflexões bioéticas sobre o morrer com dignidade do caso Nancy Cruzan. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *In: Medicina e Direito: dilemas da modernidade*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 158.

<sup>8</sup> REMANS, Andriens. Eutanásia. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 16, n. 31-32, p. 37-50, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-16-n%C2%BA-31-32>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>9</sup> BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas Antecipadas de Vontade sob o Enfoque dos Direitos Fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 23.

<sup>10</sup> COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: COSTA, José de Faria et al. (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 759-807. Disponível em: [https://www.uc.pt/fduc/projectos\\_investigacao/PTDC\\_CPJ\\_JUR\\_111289\\_2009/pdf/Fim\\_vida\\_Direito\\_Penal.pdf](https://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Fim_vida_Direito_Penal.pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

<sup>2</sup> DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4 ed. rev. atual ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 54-55

<sup>3</sup> DANTAS, *loc. cit.*

<sup>4</sup> DANTAS, *loc. cit.*

<sup>5</sup> SIQUEIRA, José Eduardo. Considerações éticas sobre a relação médico-paciente. In: BRAGA, Reinaldo; SOUSA, Filipe. (org.). *COMPLAÑANCE NA SAÚDE: Presente e futuro de um mercado em brusca da autorregulação* Salvador: Sanar, 2016. p. 163. Disponível em: <https://media-exp1.licdn.com/dms/document/C4D2DAQEVMDbqNixujQ/p/rofile-treasury-document-pdf-analyzed/0?e=1598637600&v=be&t=OL71ZXIHlAkHfFAF2MmztetCWEdX6m-qrhFütwgSU8k>. Acesso em: 20 ago. 2020

num aceitação acerca do tema Eutanásia!<sup>(11)</sup>

Diante disso, vale considerar que a não aceitação da morte acarreta grande sofrimento no fim da vida, pois a busca incessante pelo prolongamento da vida prolonga o desconforto oriundo de doenças terminais e muitas vezes incuráveis, experimentando não só pelo doente, mas também por todos que o cercam (seus familiares, amigos e até mesmo a equipe médica que o assiste).<sup>(12),(13)</sup>

Partindo de uma visão prática, os médicos vivenciam uma grande insegurança jurídica e ética no exercício de sua profissão, a ponto de não saberem como atuar sem ferir o direito do paciente, a sua ética profissional e os ditames morais sociais. Isso ocorre porque, ao mesmo tempo em que há a exigência legal e deontológica de respeitarem a autonomia do paciente (suas decisões), há também a proibição da prática da eutanásia e suicídio assistido, e, conseqüentemente, a obrigação de tratar o paciente a todo custo.<sup>(14)</sup>

Se já há o agravamento quando o paciente não manifestou sua vontade antes da perda de sua capa-

cidade — tornando-o dependente, assim, da decisão familiar<sup>(15),(16)</sup> — mais grave é a situação quando ele (ainda) capaz (pleno gozo de sua capacidade) manifesta sua vontade pela recusa do tratamento, mas seus familiares discordam, pois sabem que acarretará a morte.

Logo, percebe-se que esse embate jurídico acerca da morte e da eutanásia não se limita à problematização filosófica doutrinária, mas também de uma prática que constrange inclusive os profissionais da saúde, dada a tamanha insegurança jurídica que envolve esse processo.<sup>(17)</sup>

### 1.1 Conceito

A fim de delimitar a discussão proposta pelo presente trabalho, é necessário distinguir as práticas utilizadas no âmbito médico, para que não sejam compreendidas de forma equivocada. São elas: eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

A distanásia é a prática que preza pelo prolongamento da vida, ou seja, pela manutenção da continuidade da vida incessantemente. Cabe pontuar que tal prática é reprovada pela atual sociedade, mas ainda ocorre de maneira recorrente dentro dos hospitais, principalmente na UTIs<sup>(18)</sup> (Unidade de Tratamento Intensivo), onde deveria ser considerada como excepcionalidade para pacientes terminais e/ou doenças incuráveis.<sup>(19)</sup>

Como anteriormente abordado, o desenvolvi-

<sup>11</sup> ARAÚJO, Maria Daniela Teixeira. *Eutanásia: uma dor silenciada?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/34879>. Acesso em: 06 ago. 2020.

<sup>12</sup> SIQUEIRA; MEIRELLES. *op. cit.*, p.153.

<sup>13</sup> SILVA, José Antônio Cordero da; SILVA, Luísa Carvalho; SOUZA, Luis Eduardo Almeida de; TEIXEIRA, Renan Kleber Costa. Distanásia e Ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. *Revista Bioética*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422014000200018&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000200018&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>14</sup> DADALTO, Luciana. Responsabilidade Civil do Médico na Distanásia. *Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades*: Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico, Coimbra, v. ii, n. 4, p. 327-336, 2019b. (Cadernos da Lex Medicinæ). Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-4-vol-ii-sa%C3%BAde-novas-tecnologias-e>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>15</sup> SILVA, José Antônio Cordero et. al. Distanásia e ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. *Revista Bioética*, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014 *apud* DADALTO, *op. cit.*, p. 329.

<sup>16</sup> SÁ, Ana Carina Mendes de. Obstinação terapêutica em doentes terminais. Trabalho de conclusão (Mestrado em Ética Médica) — Faculdade de Medicina, Universidade de Coimbra, 2014 *apud* DADALTO, *loc. cit.*

<sup>17</sup> DADALTO, 2019b.

<sup>18</sup> DADALTO, 2019b.

<sup>19</sup> DADALTO, 2019b.

mento tecnológico dentro da medicina, apesar de trazer muitos avanços e benefícios, trouxe, também, suporte para que os profissionais médicos buscassem incessantemente a manutenção da vida do paciente através de tratamentos fúteis e desproporcionais (obstinação terapêutica e tratamento fútil).<sup>(20)</sup>

Ao se tratar de pacientes em estado terminal e incurável, essa prática resulta, assim, no prolongamento do sofrimento tanto do paciente, quanto dos familiares e, conseqüentemente, uma morte angustiante e penosa, por isso é considerada uma má prática.<sup>(21)</sup>

Nesse sentido, posicionam-se os autores Debora Diniz e Sérgio Costa:

“A distanásia é um fenômeno recente e que representa a crescente “medicalização” da saúde, especialmente pelo exagero no uso de tecnologias médicas. A distanásia ocorre, principalmente, entre idosos e poderia ser definida como a decisão ou o conjunto de procedimentos médicos cujo intuito é impedir a morte de um doente já em vias de falecer. É em torno da distanásia ou dos tratamentos fúteis que o debate bioético mais cresce, especialmente pelo impacto que a prática causa na qualidade de vida tanto do doente quanto de seus cuidadores e familiares”.<sup>(22)</sup>

A ortotanásia, por sua vez, significa o não prolongamento artificial da vida, ou seja, o respeito ao processo natural da morte. Considera-se funda-

mental, assim, a autonomia do paciente ao decidir não se sujeitar a procedimentos e tratamentos para o prolongamento artificial de sua vida. De acordo com Luciana Dadalto:

“A ortotanásia, por sua vez, é tida hoje como a morte certa, aquela que não prolonga a vida da pessoa com doença grave, incurável e/ou terminal, nem mesmo a abrevia. Garay (2003)<sup>(23)</sup> afirma que a ortotanásia se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente, “morte que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece)”<sup>(24)</sup>.

Trata-se, portanto, de uma das formas de se garantir o direito fundamental à morte digna, uma vez que os pacientes não são desamparados, recorre-se aos cuidados paliativos, pois a medicina não se exaure na cura, mas também no cuidado ao paciente, proporcionando-lhe alívio físico e psíquico<sup>(25)</sup>.

A eutanásia e o suicídio assistido têm como resultado a morte, mas o que os difere é o seu agente ativo. No suicídio assistido<sup>(26)</sup>, a vítima (paciente) deseja (sua vontade é) morrer e é ele quem age (conduta) de forma a se matar. O enfoque, nesse caso, está na conduta do 3º, que auxilia a vítima

<sup>23</sup> GARAY, Oscar E. Derechos fundamentales de los pacientes. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003 *apud* DALDATO, 2019a, p. 5.

<sup>24</sup> DALDATO, 2019a.

<sup>25</sup> CORREIA, Adriana González. Constitucionalidade e judicialização do direito de morrer com dignidade na Colômbia. In: RIBEIRO, Dáilias Costa (org.). *Medicina e Direito: dilemas da modernidade*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 69-94.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, jan./jun. 2010. Edição comemorativa. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/10482/15258>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>20</sup> DALDATO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, jul/set. 2019a. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.9555>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555/pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

<sup>21</sup> DADALTO, 2019b.

<sup>22</sup> DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. Morrer com dignidade: um direito fundamental. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 130. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15258>. Acesso em: 14 fev. 2014. Acesso em: 25 jul. 2020.

fornecendo-lhe instrumentos e/ou substâncias que causam a morte; logo, não é um resultado direto da conduta do 3º. Já a eutanásia é conceituada como abreviação da vida, por meio da morte piedosa, benéfica, sem sofrimento. Portanto, é uma conduta ativa (positiva), comissiva, em que o agente que provoca a morte é um 3º livre e consciente — e que pode ser qualquer pessoa<sup>(27)</sup>.

O entendimento de Claus Roxin acerca da definição é: “por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”.<sup>(28)</sup>

Há a classificação da eutanásia em passiva e ativa — ativa direta e indireta. Conforme os ensinamentos de Inês Fernandes Godinho, “a eutanásia passiva significa a renúncia do doente a medidas de sustentação da vida ou a interrupção do respectivo tratamento”.<sup>(29)</sup> Essa renúncia é garantida pelo direito fundamental de autonomia do paciente, portanto atípica e consequentemente

lícita;<sup>(30)</sup> logo, se o médico a desrespeita, submetendo-o a tratamento contra sua vontade, poderá incorrer em infração ética.

Já a eutanásia ativa, conforme Godinho, “pode ser indirecta ou directa. A eutanásia activa indirecta designa a realização de medidas de diminuição da dor (...) com o consentimento do doente”<sup>(31)</sup>, ou seja, conforme já abordado, trata-se da ortotanásia<sup>(32)</sup>. A eutanásia ativa directa “significa o encurtamento da vida de um doente que tal pediu, através de uma conduta activa, coincidindo, em termos de actuação, com a designada injeccção letal e, em termos jurídicos-penais, com o crime de homicídio a pedido da vítima”<sup>(33)</sup> e também com o suicídio assistido (auxílio assistido).

Diante desse contexto, o presente trabalho destina-se a examinar os desdobramentos a respeito da eutanásia e do suicídio assistido nos casos de pacientes em estado terminal ou doença incurável, uma vez que, em ambos os casos, é gerado sofrimento psíquico e/ou físico insuportável e/ou extremo.

<sup>27</sup> BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Frederico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 165-186, mai./ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/52151/35891>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. A Apreciação Jurídico-Penal da Eutanásia. *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, São Paulo, ano 8, v. 32, p. 9-38, 2000 *apud* BARBOSA, Carina Luna. *EUTANÁSIA E AS QUESTÕES JURÍDICO-PENAIIS*: um direito a uma morte digna/ ética ou um crime? Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 29. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84155>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>29</sup> GODINHO, Inês Fernandes. A morte assistida em Portugal. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 32, p. 137, 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/JLGR32-IFG.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. tomo I, p. 23 *apud* GODINHO, Inês Fernandes. A morte assistida em Portugal. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 32, loc. cit., 2017.

<sup>31</sup> GODINHO, 2017.

<sup>32</sup> COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. Tratamento jurídico de la eutanásia: Portugal. *Rev. Pen.*, Barcelona, n. 16, p. 192-194, 2005 *apud* PÉCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Eutanásia*: uma (re)leitura do Instituto sob a ótica da dignidade da pessoa humana e cidadania. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) — Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2015. p. 73 Disponível em: <https://www.unaerp.br/documentos/1950-antonio-jose-franco-de-souza-pecego/file>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>33</sup> GODINHO, *op. cit.*, p. 138.

## 2. Situação Jurídica: Holanda, Portugal e Brasil

A globalização mundial evidencia, nos ordenamentos jurídicos de cada país, diferenças influenciadas por aspectos sociológicos, culturais, políticos e religiosos que refletem intimamente na aceitação ou não da eutanásia e do suicídio assistido<sup>(34)</sup>. Por isso, será realizado um comparativo entre alguns ordenamentos jurídicos.

### 2.1 Holanda

A Holanda, em 2001, legalizou a eutanásia e o suicídio assistido através da aprovação da lei *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*<sup>(35)</sup> (*Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido, tradução nossa*), que entrou em vigor em 2002.<sup>(36)</sup> Essa lei modificou o art. 293 (homicídio a pedido da vítima) e o art. 294 (suicídio assistido) do Código Penal Holandês<sup>(37)</sup> (tradução nossa), de forma que tais práticas não serão punidas quando cometidas por médico desde que esse atenda aos critérios previstos no art. 2º dessa lei.

<sup>34</sup> MENDONÇA, 2015.

<sup>35</sup> NETHERLANDS. *Act of 1 April 2002*. Review procedures of termination of life on request and assisted suicide and amendment to the Penal Code (Wetboek van Strafrecht) and the Burial and Cremation Act (Wet op de lijkbe-zorging). The Hague: Upper House, 2002. (Tradução não oficial). Disponível em: [http://ficheiros.parlamento.pt/DI\\_LP/Dossiers\\_informacao/Eutanasia/Holanda\\_Ley\\_2002.pdf](http://ficheiros.parlamento.pt/DI_LP/Dossiers_informacao/Eutanasia/Holanda_Ley_2002.pdf). Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>36</sup> GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/24541>. Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>37</sup> NETHERLANDS. Ministry of Justice. *Criminal Code, March 3rd 1881*. The Hague: [s.n.], mar. 1881. (Tradução não oficial). Disponível em: [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrec ht\\_EN G\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrec ht_EN G_PV.pdf). Acesso em: 11 de ago. de 2020.

Contudo, tais práticas são discutidas desde 1982. Tanto o é que foi constituída a Comissão Nacional sobre Eutanásia para, conforme Godinho (2015), “aconselhar o Governo sobre se seria desejável alterar a lei nesta matéria (...) em 1985, esta Comissão emitiu o seu relatório, ali se assumindo uma tendência favorável à legalização da eutanásia, conquanto levada a cabo mediante certas condições”<sup>(38)</sup>.

A Holanda foi o primeiro país europeu a legalizar a prática da eutanásia e do suicídio assistido, servindo de modelo a outros países<sup>(39)</sup>. Por isso, determinou requisitos estabelecidos no art. 2º da lei, conforme Godinho:

“são seis, significando que o médico tem de: (i) estar convicto de que o pedido feito pelo doente foi voluntário e bem reflectido; (ii) estar convicto de que o sofrimento do doente é duradouro e insuportável; (iii) informar o doente sobre a sua situação e sobre as suas perspectivas (prognóstico); (iv) juntamente com o doente, estar convicto de que não existe outra solução razoável para a situação em que o paciente se encontra; (v) conferenciar com, pelo menos, um outro médico independente que veja o doente e dê a sua opinião por escrito sobre os quatro requisitos anteriores; e (vi) terminar a vida ou assistir o suicídio com o devido cuidado”<sup>(40)</sup>.

Ademais, é admitida, por meio da lei, a prática da eutanásia e do suicídio assistido em pacientes menores de 16 anos ou maiores incapazes de expressar a sua vontade. A primeira hipótese tratada pela lei é quando possuírem declaração por escrito solicitando a terminalidade da vida (testamento vi-

<sup>38</sup> GODINHO, 2015, p. 295.

<sup>39</sup> NUNO, Ferreira. A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 3, n. 6, p. 137 *et seq.*, p. 144 *et seq.* apud GODINHO, *op. cit.*, p. 296.

<sup>40</sup> GODINHO, 2015, p. 297.

tal<sup>(41)</sup>), desde que, em momento anterior, tivessem sido considerados capazes e com discernimento razoável para tanto.<sup>(42)</sup>

Esse documento de declaração por escrito, testamento vital ou testamento biológico, assim como no Brasil, não possui uma regulamentação. Existe o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, contudo, não há lei específica que lhe proporcione eficácia, muito menos acerca da sua validade temporal e seus requisitos formais.<sup>(43)</sup>

Outrossim, há a autorização da prática de eutanásia e suicídio assistido em pacientes menores entre dezesseis e dezoito anos considerados capazes de avaliar razoavelmente os seus interesses (possuírem discernimento e maturidade suficiente), desde que os pais ou tutores responsáveis participem da tomada de decisão.<sup>(44)</sup>

Além disso, são permitidas essas práticas em pacientes menores entre 12 e 16 anos de idade que puderem ser considerados capazes de avaliar razoavelmente os seus interesses (possuírem discernimento e maturidade suficiente) e se os pais ou tutor concordarem.<sup>(45)</sup>

Para avaliar tais casos, constituíram-se Comitês Regionais de Revisão para Rescisão de Vida a pedido e Suicídio Assistido, conforme capítulo III da lei, responsáveis pela análise das notificações de casos de eutanásia e suicídio assistido, a fim de averiguarem se cumpridos os requisitos anteriores e evitan-

do, assim, qualquer irregularidade e ilegalidade.<sup>(46)</sup>

Logo, nota-se que a permissão da eutanásia e do suicídio na Holanda está condicionada, principalmente, a uma prática médica (ato médico) diante de uma doença incurável ou em estágio terminal, que causa grande sofrimento ao paciente.

## 2.2 Portugal

Em Portugal, não há a tipificação no Código Penal como crime próprio tanto em relação à eutanásia quanto ao suicídio assistido, portanto, ressalta-se, conforme anteriormente abordado, que apenas a eutanásia ativa direta é penalizada, pois a passiva é considerada atípica e, pela sua atipicidade, lícita<sup>(47)</sup>.

Além disso, ao contrário do que se pensa, a eutanásia e o suicídio assistido (modalidades de eutanásia ativa direta) são considerados como crime. O seu Código Penal (Decreto-Lei 48/95) as traz como infrações penais nos artigos 133º (homicídio privilegiado), 134º (homicídio a pedido da vítima) e 135º (incitamento ou ajuda ao suicídio); as penas para os crimes tipificados nos artigos 133º e 134º variam entre 1 a 5 anos, e a pena do artigo 134º varia de 1 a 3 anos.<sup>(48)</sup> Em todos os casos, verifica-se que o bem jurídico zelado é a vida humana.

A eutanásia é uma forma privilegiada do crime de homicídio<sup>(49)</sup>, tipificada no artigo 133º e 134º como homicídio a pedido da vítima, ou seja, a conduta é justificada pelo pedido sério, instante e ex-

<sup>41</sup> GODINHO, 2015.

<sup>42</sup> NETHERLANDS. *Act of 12 April 2001*. On the assessment of termination of life on request and assisted suicide and amendment of the Criminal Code and the Burial Care Act (Termination of Life on Request and Assisted Suicide Review Act). The Hague: [s.n.], 2001. (Tradução não oficial) Disponível em: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2001-194.html>. Acesso em 11 de agosto de 2020.

<sup>43</sup> GODINHO, 2015.

<sup>44</sup> NETHERLANDS, 2001.

<sup>45</sup> NETHERLANDS, 2001.

<sup>46</sup> NETHERLANDS, 2001.

<sup>47</sup> GODINHO, 2017, p. 137.

<sup>48</sup> PORTUGAL. Decreto-lei 48/95, de 15 de Março de 1995. Aprova o Código Penal. *Diário da República*, n. 63/1995, série I-A, p.1350-1416, 15 mar. 1995. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 12 de ago. de 2020.

<sup>49</sup> BARBOSA, Carina Luna. *EUTANÁSIA E AS QUESTÕES JURÍDICO-PENAIIS*: um direito a uma morte digna/ ética ou um crime? Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84155>. Acesso em: 10 ago. 2020.

presso do paciente, que se encontra em extremo sofrimento (compaixão, relevante valor moral) e, no exercício de sua autonomia, autoriza o médico tirar a sua vida.

Deste modo entende Godinho:

“uma nota quanto à justificação do regime de privilegiamento. Face à exigência de uma manifestação de autodeterminação da vítima para que os elementos do tipo se possam considerar verificados — *maxime*, o pedido — entende-se existir uma renúncia, por parte da vítima, à tutela penal do bem jurídico.”<sup>(50)</sup>

O suicídio assistido está previsto no artigo 135º: é penalizado através do crime de incitamento ou ajuda ao suicídio — “*quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efetivamente a ser tentado ou a consumir-se*”.<sup>(51)</sup> Novamente, nota-se que o bem tutelado é a vida<sup>(52)</sup>.

Conforme o dossiê de legislação comparada elaborado pelo Parlamento em 2016, “não tendo embora Portugal descriminalizado a prática da eutanásia e do suicídio assistido em relação a pessoas em estado de doença terminal, já admite o testamento vital (Lei n. 25/2012, de 16 de julho)”,<sup>(53)</sup> bem como o dever de respeitar a vontade do paciente em caso de recusa de tratamento, expresso na lei 15-2014, de 21 de março.<sup>(54)</sup>

Logo, já era perceptível uma maior valoração do direito de autodeterminação através da autonomia do paciente e vislumbrava-se, assim, pelo me-

nos, a possibilidade de recusa e suspensão de tratamentos de suporte artificial considerados fúteis, inúteis ou desproporcionais (artigo 2º da Lei n. 25/2012).

Recentemente (início do ano de 2020), Portugal aprovou as propostas de lei que despenalizam a eutanásia e o suicídio assistido.<sup>(55)</sup> Isso não significa que foram legalizadas e, dessa forma, poderá ou não ocorrer alteração do Código Penal a fim de legaliza-las. Essas propostas foram analisadas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e todas apresentam argumentos relativos à dignidade da pessoa humana e a autonomia; à dor e ao sofrimento; e à construção da vontade, da coação e dos condicionamentos. O Conselho concluiu em todos os projetos que: (a) a morte a pedido em circunstância específicas e o exercício da liberdade e autodeterminação é defendida há tempo por grupos sociais e partidos políticos; (b) a forma como a sociedade compreende a dignidade diante de situações de sofrimento do paciente mudou, de modo que entendem que resulta a sua perda; (c) há a possibilidade do Estado satisfazer esse direito por meio da legalização da antecipação da morte; (d) o pedido de antecipação da morte deve ser compreendido como um pedido de ajuda, tendo como justificação o sofrimento, que não seja apenas uma resposta jurídica, mas sim pautado na solidariedade e humanidade; (e) os projetos não possuem perspectiva de quantos profissionais se disponibilizarão a realizar a eutanásia e o suicídio assistido, visto que não compreendem os atos médicos; (f) objeção de consciência parece não poder ser invocada em situações que não envolvam ato médi-

<sup>50</sup> GODINHO, 2015, p. 176.

<sup>51</sup> PORTUGAL, 1995.

<sup>52</sup> GODINHO, 2015.

<sup>53</sup> PORTUGAL. Assembleia da República. *Eutanásia e Suicídio Assistido*. Lisboa: AR, 2016. p. 40. Disponível em: [https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia\\_Suicidio\\_Assistido\\_1.pdf](https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf). Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>54</sup> PORTUGAL, 2016, *loc. cit.*

<sup>55</sup> LOPES, Maria; RODRIGUES, Sofia. Eutanásia ainda tem um longo caminho a percorrer até Belém. *Jornal Público*, Lisboa, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/02/20/politica/noticia/eutanasia-longo-caminho-percorrer-ate-belem-1905015>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

co; (g) não há satisfatória compreensão de todos os partícipes dessa relação (profissionais da saúde, Sistema de Saúde e as estruturas do Serviço Nacional de Saúde); (h) falta previsão orçamentária dos custos ao Serviço Nacional de Saúde para realização das práticas de antecipação da morte; (i) não há definição de qual a competência estatal referente à responsabilidade de fornecimento de condições materiais e humanos a fim de viabilizar o exercício da eutanásia e suicídio assistido sem qualquer discriminação.<sup>(56),(57),(58),(59)</sup>

A proposta de autoria do Bloco de Esquerda (BE) é o Projeto de Lei n. 4/XIV/1, no qual propuseram: “Define e regula as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal e que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível”<sup>(60)</sup>; do Partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN), é o Projeto de Lei

<sup>56</sup> CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parer n. 107/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020a. Disponível em: <https://www.cne-cv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-107-cne-cv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-4-xiv-1-a>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>57</sup> CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parer n. 108/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020b. Disponível em: <https://www.cne-cv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-108-cne-cv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-67-xiv-1-a>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

<sup>58</sup> CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parer n. 109/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020c. Disponível em: <https://www.cne-cv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-109-cne-cv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-104-xiv-1-a>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

<sup>59</sup> CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parer n. 110/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020d. Disponível em: <https://www.cne-cv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-110-cne-cv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-168-xiv-1-a>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

<sup>60</sup> BLOCO DE ESQUERDA. (Grupo Parlamentar). *Projeto de Lei n. 4/XIV/1ª, de 25 de outubro de 2019*. Define e regula as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal e que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível. Disponível em: <http://i-mg.rtp.pt/icm/noticias/docs/97/97addec99154844b->

n. 67/XIV/1ª, que propõe regular “o acesso à morte medicamente assistida”<sup>(61)</sup>; do Partido Socialista (PS), segundo o Projeto de Lei n. 104/XIV/1ª, “procede à 50ª alteração ao Código Penal, regulando as condições especiais para a prática de eutanásia não punível”.<sup>(62)</sup>

O Partido Ecologista Os Verdes (PEV) reapresentou o mesmo projeto anteriormente rejeitado. A atual proposta é o Projeto de Lei n. 168XIV/1ª, que “define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível”.<sup>(63)</sup>

A proposta do Partido Iniciativa Liberal (IL), Projeto de Lei n. 195/XIV/1ª, propõe: “regula a antecipação do fim da vida, de forma digna, consciente e medicamente assistida”.<sup>(64)</sup>

9dd1c54d27bb7269\_2c1542999fee862e3f4f0ac4ee60c6a2.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>61</sup> CUNHA, Beiana et al. *Projeto de Lei n. 67/XIV/1ª, de 12 de novembro de 2019*. Regula o acesso à morte medicamente assistida. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784d44517457456c574c6d527659773d3d&fich=pj167-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>62</sup> ALVES, Pedro Delgado et al. *Projeto de Lei n. 104/XIV, de novembro de 2019*. Procede à 50ª alteração ao Código Penal, regulando as condições especiais para a prática de eutanásia não punível. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784d44517457456c574c6d527659773d3d&fich=pj1168-XIV.doc&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784d44517457456c574c6d527659773d3d&fich=pj104-XIV.doc&Inline=true). Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>63</sup> FERREIRA, José Luís; SILVA, Mariana. *Projeto de Lei n. 168/XIV/1ª, de 13 de dezembro de 2019*. Define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784d44517457456c574c6d527659773d3d&fich=pj1168-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>64</sup> FIGUEIREDO, João Cotrim. *Projeto de Lei n. 195/XIV/1ª, de 3 de fevereiro de 2020*. Regula a antecipação do fim da vida, de forma digna, consciente e medicamente assistida. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>

Os projetos, conforme notícia do jornal Público, foram aprovados na generalidade.<sup>(65)</sup> Contudo, apesar de aprovados, ainda não há a efetiva legalização. Conforme o regramento das iniciativas legislativas, os projetos ainda serão debatidos na especialidade, na qual ajustarão os diversos projetos em um único.<sup>(66),(67),(68)</sup>

Os projetos, conforme notícia do jornal Público<sup>(69)</sup>, deverão ser submetidos a nova votação na especialidade e, posteriormente, a uma votação final global feita em Plenário. Se aprovados, seguirão para o Presidente da República, que pode promulgar, vetar ou enviar ao Tribunal Constitucional.<sup>(70),(71)</sup>

Dessa forma, evidenciada a opinião pública favorável à legalização da eutanásia e do suicídio assistido, a aprovação na generalidade pela Assembleia Legislativa, mesmo diante de uma nação com forte traço religioso, pode servir aos demais países que ainda os criminalizam como um modelo de processo de evolução e modernidade.

Assim sendo, notam-se as condicionantes comuns com a Holanda: os portugueses, em sua

maioria, são favoráveis à eutanásia e ao suicídio assistido praticado por médicos nos casos em que o paciente se encontra com doença terminal e/ou incurável, vivenciando um sofrimento psíquico e físico extremo e/ou insuportável.

### 2.3 Brasil

No Brasil, a eutanásia (por analogia<sup>(72)</sup>) e o suicídio assistido permanecem tipificados, em seu código penal, como crimes de homicídio privilegiado (§1º do artigo 121) e induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (artigo 122), respectivamente.

O homicídio privilegiado é caso de diminuição de pena (§ 1º, art. 121): “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.<sup>(73)</sup>

O motivo de relevante valor moral não está só ligado aos sentimentos individuais do agente, mas também coletivos, sendo eles a piedade, misericórdia e compaixão, ou seja, o médico que busca eximir o paciente de toda dor insuportável e todo sofrimento nos casos de doenças terminais goza do privilégio da atenuação da pena.<sup>(74)</sup>

Percebe-se que o legislador não tipificou de forma específica e clara o crime de eutanásia, mas a doutrina brasileira entende que por analogia é aplicada essa tipificação. Logo, a certeza é de que ela não é legalizada.<sup>(75)</sup>

Segundo Nucci, “debate-se, no direito brasilei-

f?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784f54557457456c574c6d527659773d3d&fich=pjl195-XIV.doc&Inline=true. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>65</sup> MAIA, Bruno. Projectos passaram a primeira fase. E agora? Jornal Público, Lisboa, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/02/20/opiniao/opiniao/eutanasia-1904948>. Acesso em: 15 de ago. de 2020.

<sup>66</sup> PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 155, I série — A, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIRevisao.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>67</sup> PORTUGAL. Assembleia de República. Sobre as iniciativas legislativas. Parlamento. Lisboa: AR, c2020. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Iniciativas-sobre.aspx>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>68</sup> MAIA, 2020.

<sup>69</sup> MAIA, 2020.

<sup>70</sup> PORTUGAL, 2005.

<sup>71</sup> PORTUGAL, c2020.

<sup>72</sup> BARBOSA, 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 dez 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 698.

<sup>75</sup> BARBOSA, 2017.

ro, a possibilidade de se acolher alguma dessas formas de eliminação da vida (eutanásia ou ortotanásia) como excludente de ilicitude, fundada no consentimento do ofendido”.<sup>(76)</sup> Contudo, a sociedade brasileira ainda entende que a eutanásia deve ser penalizada.

Observa-se que o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução 1.805/2006 a fim de dar suporte e segurança jurídica aos médicos que a utilizam por meio dos cuidados paliativos, de forma a solucionar a problematização da aplicação da ortotanásia; contudo, não vislumbrou a eutanásia e o suicídio assistido.<sup>(77)</sup>

Outrossim, a crítica de Nucci a respeito do tema é essencial, visto que ele entende que, embora a doutrina jurídica conservadora (valores morais e religiosos) considere a eutanásia como homicídio privilegiado por objetivar escusar o sofrimento do doente, não cabe legislar sobre o momento da morte, ainda mais estando o paciente livre e esclarecido.<sup>(78)</sup>

O induzimento, instigação ou o auxílio ao suicídio é previsto no artigo 122 do Código Penal brasileiro: “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, terá como pena a reclusão, de 2 a 6 anos, se o suicídio se consuma”<sup>(79)</sup>; portanto, é um tipo penal autônomo<sup>(80)</sup>.

O suicídio assistido, de fato, resulta da conduta de auxiliar o suicida. Conforme os ensinamentos de Nucci, “trata-se da forma mais concreta e ativa de agir, pois significa dar apoio material ao ato suicida”<sup>(81)</sup>, ou seja, o agente não é quem tira a vida, mas tão somente auxilia o suicida.

Além do mais, percebe-se que a vontade expressada no pedido de um paciente pela sua morte é indiferente para configuração dos tipos penais<sup>(82)</sup>, já que, no país, não há lei que torne obrigatório o respeito a sua decisão, pois ainda se discute judicialmente o direito de recusa ou suspensão do tratamento (comumente em se tratando de testemunhas de jeová e a transfusão de sangue), e que a proteção da autonomia do paciente está prevista apenas em uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM 2232/2019<sup>(83)</sup>), sendo apenas uma norma deontológica dos médicos (que não possui força de lei)<sup>(84)</sup>.

Denota-se que a jurisprudência nacional pondera que, apesar da Constituição Federal Brasil de 1988 consagrar princípios de direitos fundamentais, estando inclusos, aqui, o direito à vida, dignidade da pessoa humana e o direito de autodeterminação, eles não podem se limitar a ele, pois a sua garantia a ultrapassa — como, por exemplo, os Tratados Internacionais.<sup>(85)</sup>

<sup>76</sup> NUCCI, *op. cit.*, p. 699 e 670.

<sup>77</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.805/2006, de 28 de novembro de 2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília, DF: CFM, 9 nov. 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 13 de ago. de 2020.

<sup>78</sup> NUCCI, 2015, p. 699.

<sup>79</sup> BRASIL, 1940.

<sup>80</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>81</sup> NUCCI, 2015, p. 726.

<sup>82</sup> BARBOSA, 2017.

<sup>83</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.232/2019, de 16 de setembro de 2019*. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por paciente e objeção de consciência na relação médico-paciente. Brasília, DF: CFM, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 14 de ago. de 2020.

<sup>84</sup> BARCELLOS, 2015.

<sup>85</sup> GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira; ALMEIDA, Sarah Lopes de. Breves reflexões sobre a eutanásia e seu sancionamento. In: RAMOS, Miguel Antônio Silveira (ed.), *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 01 jul. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/>

### 3. Argumentos Prós e Contras

O presente trabalho evidenciou que entre nações e dentro de uma única nação, a eutanásia e o suicídio assistido levantam opiniões e posicionamentos extremamente divergentes, com análises profundas ou não, que envolvem questões legais, sociais, religiosas, políticas e morais.<sup>(86)</sup> Por isso, passamos, então, a minuciar alguns dos argumentos favoráveis e contrários a essas práticas.

#### 3.1 Argumentos contrários à eutanásia e ao suicídio da vida

O primeiro argumento a ser abordado traz como fundamento o caráter sagrado da vida. Para os que entendem assim, a vida é um direito fundamental e superior aos demais, pois não há qualquer outro direito sem ela — o que a torna um direito indisponível.<sup>(87)</sup> Por isso, o dever do Estado recai sobre a incessante resguarda da vida.

Outro argumento é a sacralidade da vida<sup>(88)</sup>, que está intrinsecamente ligado ao anterior, mas com um viés religioso. A influência religiosa<sup>(89)</sup> presente em cada país e povo, principalmente o cristianismo, impõe a vida como sagrada — já que ela não é de propriedade humana e sim divina — e, conseqüentemente, reprova a eutanásia e o suicídio assistido.<sup>(90)</sup>

Logo, com esses argumentos a respeito da proteção da vida humana, subentende-se que o

consentimento e o pedido do paciente não são justificadores ao ponto de tornar-se as condutas lícitas, haja vista considerarem o bem da vida como indisponível.<sup>(91)</sup>

A integridade da profissão médica é outro argumento utilizado pelos opositores: acreditam que a medicina é e deve ser utilizada para o tratamento e promoção da saúde e vida humana; assim, permitir-lhes tal prática seria responsabiliza-los por matar um ser humano.<sup>(92)</sup>

Levando-se em conta a ética médica instrumentalizada em seu código de ética deontológico, em cumprimento ao juramento hipocrático, todo o avanço e progresso tecnológico se concretiza no dever de assistir e cuidar da vida humana. Logo, a legalização da eutanásia e do suicídio assistido seria incompatível com a atividade e deveres do médico.<sup>(93)</sup>

Outro argumento no tocante à manifestação de vontade do doente é explanado por Carina Luna Barbosa:

“os opositores dizem que a vontade expressa do doente manifestar o seu desejo de morrer é viciada, isto porque o autor está em uma situação de dor e sofrimento extremo, sente-se um fardo para a sociedade e pode, ainda, sofrer influência de terceiros na sua decisão, assim essa vontade deixa de ser livre”.<sup>(94)</sup>

Por fim, há aqueles que temem o abuso potencial por trás dessas práticas, como, por exemplo, explicado por Enoch:

“uma vez que aceitemos eutanásia voluntária, poderemos (ou iremos) falhar em efectuar a crucial distinção entre eutanásia voluntária e uma prática não voluntária, chegando a um ponto em que iremos permitir também a se-

cadernos/direito-penal/breves-reflexoes-sobre-a-eutanasia-e-seu-san-  
cionamento/. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>86</sup> NOBREGA FILHO, Francisco Seraphico Ferraz da. *Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) — Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/4437>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>87</sup> NOBREGA FILHO, 2010.

<sup>88</sup> NOBREGA FILHO, 2010.

<sup>89</sup> REMANS, 2019.

<sup>90</sup> MENDONÇA, 2015.

<sup>91</sup> GODINHO, 2015, p. 359

<sup>92</sup> MENDONÇA, 2015.

<sup>93</sup> NOBREGA FILHO, 2010.

<sup>94</sup> BARBOSA, 2017, p. 65.

gunda; ou talvez, mesmo que consigamos ainda distinguir as duas, não agiremos como se houvesse uma distinção, talvez por motivos políticos, talvez por fraqueza de espírito ou por qualquer outra razão”.<sup>(95)</sup>

No Brasil, vislumbra-se o medo da utilização da eutanásia e do suicídio assistido como mecanismo de higienização social<sup>(96)</sup>, ou até mesmo como meio para liberar vagas nos hospitais, principalmente vagas nas UTIs em hospitais públicos, que sempre se encontram com sua capacidade extrapolada e com dificuldades financeiras.<sup>(97)</sup>

Logo, para os opositores, a legalização da eutanásia e do suicídio assistido afrontará os mais diversos seguimentos da sociedade humana, principalmente sob a ótica de que, sem vida, o ser humano não consegue exercer nenhum de seus direitos.

### 3.2 Argumentos favoráveis à eutanásia e ao suicídio da vida

Já aqueles que são favoráveis à eutanásia e ao suicídio assistido possuem como principais argumentos: o respeito à autodeterminação exteriorizada no exercício da autonomia a fim de garantir a dignidade da pessoa humana; a valoração da qualidade de vida; o direito de morrer de forma digna através do alívio do sofrimento causado por doenças incuráveis e terminais; a isonomia dos direitos

fundamentais; a escusa de consciência e a laicidade estatal e sociedade pluralista.

O argumento da dignidade da pessoa humana entende que ela se expressa pela autonomia, através do direito de autodeterminação e, por isso, compreender o direito à vida como absoluto e indisponível (sobreposto aos demais) viola a ideia de que os direitos fundamentais devem ser lidos e interpretados em conjunto, isto é, sistematicamente.<sup>(98)</sup>

A autodeterminação é instrumentalizada pela da autonomia do paciente, que decide pela suspensão do tratamento e/ou decide pela abreviação de sua vida, e este pedido é emanado pelo consentimento livre e esclarecido.<sup>(99)</sup> Além disso, garante o direito de objeção de consciência do médico quando a prática das medidas de abreviação da vida ferir os seus ditames morais pessoais.<sup>(100)</sup> Contudo, percebe-se que a medicina compreende a morte como um insucesso, esquecendo-se de que ela também deve garantir o alívio da dor e do sofrimento, que afetam a qualidade de vida do enfermo.<sup>(101)</sup>

Sobre a defesa da qualidade de vida, em contraposição à sacralidade da vida, conforme França, “não se quer desprezar os valores da natureza humana nem ‘coisificar’ a pessoa que existe em cada um de nós”<sup>(102)</sup>, ou seja, ter quantidade de vida perde o seu significado se não for possível exercê-la com qualidade.

O direito de morrer com dignidade é fundamental, mas a pacientes em sofrimento extremo e insuportável, acometidos por doença terminal e incurável, o direito à vida se torna um dever (obrigação), mesmo que indignamente. Portanto, tão im-

<sup>95</sup> ENOCH, D. Once you start using slippery slopes arguments, you're on a very slippery slope. Oxford Journal of Legal Studies, 2001 *apud* MENDONÇA, 2015, p. 23.

<sup>96</sup> PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Eutanásia: uma (re) leitura do Instituto sob a ótica da dignidade da pessoa humana e cidadania*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) — Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: <https://www.unaerp.br/documentos/1950-antonio-jose-ranco-de-souza-pecego/file>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>97</sup> SILVA, Germano Marques da. A rejeição dos quatro projetos de legalização da eutanásia em Portugal: o debate terminou ou apenas começou? In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *Medicina e Direito: dilemas da modernidade*. Brasília, DF: CFM, 2019. p. 43-68

<sup>98</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>99</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>100</sup> SILVA, José; SILVA, Luísa ; SOUZA; TEIXEIRA, 2014.

<sup>101</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>102</sup> FRANÇA, 2016.

portante quanto a quantidade de tempo de vida, é zelar pela qualidade de vida e pela morte digna.<sup>(103)</sup>

Para Luciana Dadalto, “nessa perspectiva, deve-se ter em mente que o chamado direito à morte digna no Brasil, em que pese encontrar guarida da autonomia privada e na dignidade humana, deve ser interpretado sob a perspectiva constitucional”<sup>(104)</sup>.

O prolongamento de uma vida moribunda enseja mais dor e sofrimento não apenas ao paciente, mas aos seus familiares<sup>(105)</sup>, que vivenciam de forma tão íntima, e à equipe de saúde, que o acompanha zelosamente.<sup>(106)</sup> É nesse sentido que, para Diniz e Costa:

“O prolongamento da vida não é, por si só, um benefício, especialmente quando se trata de pacientes terminais para os quais não há qualquer possibilidade de mudança ou inversão do quadro clínico. Afastar a recusa de tratamento do debate sobre a moralidade da eutanásia é confortante tanto para os doentes quanto para os profissionais de saúde. (...) A recusa de tratamento deve ser, simplesmente, entendida como a expressão de uma vontade individual de enfrentamento da morte sem o recurso da medicalização”.<sup>(107)</sup>

Ainda, em contraposição ao argumento da inalienabilidade e intransmissibilidade do direito à vida, Godinho esclarece que não se relacionam com a eficácia do pedido do paciente pela eutanásia e pelo suicídio assistido, visto que não se trata de transmissão do direito ou do bem da vida a outrem<sup>(108)</sup> e sim de um direito ao exercício da autodeterminação e garantia da dignidade da pessoa humana.

O argumento da laicidade estatal demonstra que o Estado de direito, principalmente dentro das democracias, significa a independência de um dogma religioso; além disso, nossa sociedade atual é caracterizada pelo pluralismo social (multiculturalismo<sup>(109)</sup>), isto é, formada por povos com diversas crenças, valores morais e culturais. Portanto, é essencial o reconhecimento e o respeito da autonomia do ser humano.<sup>(110)</sup>

#### 4. Conclusão

A legalização da eutanásia e do suicídio assistido está longe de ser pacificada, mas a sua discussão é fundamental para o desenvolvimento sociológico da humanidade. Além disso, a morte é um fato inevitável, que poderá ser postergado ou não — mas, ainda assim, é a única certeza<sup>(111)</sup>.

Conforme os ensinamentos de Godinho, “em termos político-criminais, a questão da protecção da vida não pode, actualmente, fazer-se desligada de uma forte valoração ética que tenha como horizonte uma visão onto-antropológica sustentada em uma ideia conformadora de dignidade humana e correlativa autodeterminação”.<sup>(112)</sup>

Nos ordenamentos jurídico-principiológicos, não há um direito absoluto e indisponível, mas sim direitos coexistentes e complementares, de modo que se deve respeitar a autonomia do paciente ao decidir acerca do tratamento médico que se sujeitará.<sup>(113)</sup>

Os países que legalizaram a eutanásia e o suicídio assistido devem servir de modelos para uma discussão social/ética/moral/jurídica como forma

<sup>103</sup> COSTA, José, 2003.

<sup>104</sup> DALDATO, 2019.

<sup>105</sup> BARBOSA, 2017.

<sup>106</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>107</sup> DINIZ; COSTA, Sérgio, 2004. p. 129.

<sup>108</sup> GODINHO, 2015.

<sup>109</sup> BARROSO; MARTEL, 2010.

<sup>110</sup> BAROSSO, 2010.

<sup>111</sup> COSTA, José 2003.

<sup>112</sup> GODINHO, 2015, p. 419.

<sup>113</sup> BAROSSO, 2010.

de avanço, a fim de romper dogmas, conceitos e valorações absolutistas dentro de Estados laicos em plena era da globalização e multiculturalização.

Portanto, o reconhecimento e a legalização da eutanásia e do suicídio assistido resultará no desenvolvimento da sociedade humana, garantindo não apenas a segurança jurídica aos profissionais médicos, mas o respeito à autonomia e dignidade do paciente.<sup>(114)</sup> Isso porque o conflito existente entre legalizar ou não repercute no cotidiano profissional, e, conseqüentemente, tange à responsabilidade dos médicos, não sendo justo incriminá-los por respeitarem a vontade do paciente.

Além do mais, é claro e evidente o direito do profissional médico em abster-se por sua consciência de fazer os procedimentos discutidos, já que, dessa forma, não se limitaria o acesso e exercício do direito à morte digna e, também, seria garantida e protegida a moral interna de cada cidadão. Para tanto, é necessária a modificação da formação médica para que se resgate a formação humanística (presente nos primórdios da medicina), a fim de alcançar uma humanização no tratamento, e conseqüentemente, estabelecer uma relação médico-paciente pautada no respeito mútuo.<sup>(115)</sup>

Ainda, assim como nos países em que é legalizada a eutanásia e/ou o suicídio assistido, é necessário exigir requisitos, sendo eles o pedido certo, expresso, de forma livre e esclarecida e revogável a qualquer tempo até a morte. Dessa forma, garante-se a dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente (direitos fundamentais).

<sup>114</sup> COUTO, Diana Ferreira. A justiça penal relativamente ao bem jurídico vida humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, v. 8, n. 8, p. 179-201, 2016. Disponível em: <https://recil.grupulofosofona.pt/handle/10437/7732>. Acesso em: 18 de ago. de 2020.

<sup>115</sup> SILVA, José; SILVA, Luísa ; SOUZA; TEIXEIRA, 2014.

A avaliação por outro médico também é fundamental. Na verdade, prudente seria uma avaliação multidisciplinar do paciente, ou seja, avaliações não só de médicos (principalmente por um psiquiatra e um médico da área da doença), mas também de psicólogos, enfermeiros e assistentes sociais. É necessária, ademais, a criação de uma comissão para apurar a regularidade, a fim de garantir a autenticidade e certeza do pedido do paciente ou possíveis irregularidades e abusos.

Por fim, exalta-se a importância da morte digna, uma vez que não basta apenas viver com dignidade: é preciso buscar uma qualidade de vida que se exaure na qualidade de morte. Por isso, permitir que o paciente morra com sofrimento, angústia e por uma doença terminal e/ou incurável deflagra uma extrema desumanidade.

## Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Maria Daniela Teixeira. *Eutanásia: uma dor silenciosa?* Dissertação (Mestrado em Direito em Ciências Jurídico-Forenses) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/34879>. Acesso em: 06 ago. 2020.
- ALVES, Pedro Delgado et. al. Projeto de Lei n. 104/XIV, de novembro de 2019. Procede à 50ª alteração ao Código Penal, regulando as condições especiais para a prática de eutanásia não punível. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784d44517457456c574c6d527659773d3d&fich=pjl-104-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BARBOSA, Carina Luna. *EUTANÁSIA E AS QUESTÕES JURÍDICO-PENAIAS: um direito a uma morte digna/ética ou um crime?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84155>. Acesso em: 10 ago. 2020.

- BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Frederico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 165-186, mai./ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/52151/35891>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein. *Direito Sanitário: Diretivas Antecipadas de Vontade sob o Enfoque dos Direitos Fundamentais*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Rio de Janeiro: [s. n], 5 abr. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velloso. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, jan./jun. 2010. (Edição comemorativa). Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- BLOCO DE ESQUERDA. (Grupo Parlamentar). *Projeto de Lei n. 4/XIV/1ª, de 25 de outubro de 2019*. Define e regula as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal e que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: [http://img.rtp.pt/icm/noticias/docs/97/97addec99154844b9dd1c54d27bb7269\\_2c1542999fee862e3f4f0ac4ee60c6a2.pdf](http://img.rtp.pt/icm/noticias/docs/97/97addec99154844b9dd1c54d27bb7269_2c1542999fee862e3f4f0ac4ee60c6a2.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 13 dez 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n. 107/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-107-cneqv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-4-xiv-1-a>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n. 108/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-108-cneqv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-67-xiv-1-a>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n. 109/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-109-cneqv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-104-xiv-1-a>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n. 110/CNECV/2020*. Lisboa: CNECV, 17 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-110-cneqv-2020-sobre-o-projeto-de-lei-n-o-168-xiv-1-a>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1.805/2006*, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis [...]. Brasília, DF: CFM, 9 nov. 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 13 ago. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.232/2019*, de 16 de setembro de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por paciente e objeção de consciência na relação médico-paciente. Brasília, DF: CFM, 17 jul. 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- CORREIA, Adriana González. Constitucionalidade e judicialização do direito de morrer com dignidade na Colômbia. In: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *Medicina e Direito: dilemas da modernidade*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 69-94.
- COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: COSTA, José de Faria et al. (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 759-807. Disponível em: [https://www.uc.pt/fduc/projectos\\_investigacao/PTDC\\_CPJ\\_JUR\\_111289\\_2009/pdf/Fim\\_vida\\_Direito\\_Penal.pdf](https://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Fim_vida_Direito_Penal.pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

- COUTO, Diana Ferreira. A justiça penal relativamente ao bem jurídico vida humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, v. 8, n. 8, p. 179-201, 2016. Disponível em: <https://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/7732>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- CUNHA, Bebiana et al. *Projeto de Lei n. 67/XIV/1ª, de 12 de novembro de 2019*. Regula o acesso à morte medicamente assistida. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77324e793159535659755a47396a&fich=pjl67-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- DALDATO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-11, jul/set. 2019a. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.9555>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9555/pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.
- DADALTO, Luciana. Responsabilidade Civil do Médico na Distanásia. *Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades: Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico, Coimbra*, v. ii, n. 4, p. 327-336, 2019b. (Cadernos da Lex Medicinæ). Disponível em: <http://www.centrodedir.eitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/cadernos-da-lex-medicinae-n%C2%BA-4-vol-ii-sa%C3%BAde-novas-tecnologias-e>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. Morrer com dignidade: um direito fundamental. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 121-134. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15258>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 13 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERREIRA, José Luís; SILVA, Mariana. *Projeto de Lei n. 168/XIV/1ª, de 13 de dezembro de 2019*. Define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784e6a677457456c574c6d527659773d3d&fich=pjl168-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- FIGUEIREDO, João Cotrim. *Projeto de Lei n. 195/XIV/1ª, de 3 de fevereiro de 2020*. Regula a antecipação do fim da vida, de forma digna, consciente e medicamente assistida. Lisboa: AR, 2019. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c574c33526c6548527663793977616d77784f54557457456c574c6d527659773d3d&fich=pjl195-XIV.doc&Inline=true>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- GODINHO, Inês Fernandes. A morte assistida em Portugal. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 32, p. 135-146, 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/JLGR32-IFG.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) — Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/24541>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira; ALMEIDA, Sarah Lopes de. Breves reflexões sobre a eutanásia e seu sancionamento. In: RAMOS, Miguel António Silveira (ed.), *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 01 jul. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/breves-reflexoes-sobre-a-eutanasia-e-seu-sancionamento/>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- LOPES, Maria; RODRIGUES, Sofia. Eutanásia ainda tem um longo caminho a percorrer até Belém. *Jornal Público*, Lisboa, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/02/20/politica/noticia/eutanasia-longo-caminho-percorrer-ate-belem-1905015>. Acesso em: 12 ago. 2020.

- MAIA, Bruno. Projectos passaram a primeira fase. E agora? *Journal Público*, Lisboa, 20 fev. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/02/20/opinioao/opinioao/eutanasia-1904948>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- MENDONÇA, Maria Teresa Correia Matos Carmona. *Eutanásia: um olhar bioético. Trabalho de conclusão (Mestrado em Ética, Deontologia e Direitos Médicos)* — Faculdade de Medicina, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/30435>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- NETHERLANDS. Ministry of Justice and Security. *Criminal Code, March 3rd 1881*. The Hague: [s.n.], mar. 1881. (Tradução não oficial). Disponível em: [http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht\\_ENG\\_PV.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf). Acesso em: 11 ago. 2020.
- NETHERLANDS. *Act of 1 April 2002*. Review procedures of termination of life on request and assisted suicide and amendment to the Penal Code (Wetboek van Strafrecht) and the Burial and Cremation Act (Wet op de lijkbezorging). The Hague: Upper House, 2002. (Tradução não oficial). Disponível em: [http://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Dossiers\\_informacao/Eutanasia/Holanda\\_Ley\\_2002.pdf](http://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Dossiers_informacao/Eutanasia/Holanda_Ley_2002.pdf). Acesso em: 11 ago. 2020.
- NETHERLANDS. *Act of 12 April 2001*. On the assessment of termination of life on request and assisted suicide and amendment of the Criminal Code and the Burial Care Act (Termination of Life on Request and Assisted Suicide Review Act). The Hague: [s.n.], 2001. (Tradução não oficial). Disponível em: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2001-194.html>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- NOBREGA FILHO, Francisco Seraphico Ferraz da. *Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) — Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/4437>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15. ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Eutanásia: uma (re)leitura do Instituto sob a ótica da dignidade da pessoa humana e cidadania*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania) — Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: <https://www.u-naerp.br/documentos/1950-antonio-jose-franco-de-souza-pecego/file>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- PORTUGAL. Assembleia da República. *Eutanásia e Suicídio Assistido*. Lisboa: AR, 2016. Disponível em: [https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia\\_Suicidio\\_Assistido\\_1.pdf](https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf). Acesso em: 10 ago. 2020.
- PORTUGAL. Assembleia de República. Sobre as iniciativas legislativas. In: AR. *Parlamento*. Lisboa, 2020. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Iniciativas-sobre.aspx>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 155, I série — A, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- PORTUGAL. Decreto-lei 48/95, de 15 de Março de 1995. Aprova o Código Penal. *Diário da República*, n. 63/1995, I série A, p.1350-1416, 15 mar. 1995. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 12 de ago. de 2020.
- REMANS, Andriens. Eutanásia. *Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 16, n. 31-32, p. 37-50, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://www.centrodedireito.biomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-sa%C3%BAde-ano-16-n%C2%BA-31-32>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- SILVA, Germano Marques da. A rejeição dos quatro projetos de legalização da eutanásia em Portugal: o debate terminou ou apenas começou? p. 43-68. In: RIBEIRO, Diáulas Costa (org.). *Medicina e Direito: dilemas da modernidade*. Brasília, DF: CFM, 2019.
- SILVA, José Antônio Cordero da; SILVA, Luísa Carvalho; SOUZA, Luis Eduardo Almeida de; TELXEIRA, Renan Kleber Costa. Distanásia e Ortotanásia: práticas médicas sob a visão de um hospital particular. *Revista Bioética*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 358-366, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/1983-80422014222017>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_artt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artt)

ext&pid=S198380422014000200018&lng=pt&tln-g=pt. Acesso em: 20 ago. 2020.

SIQUEIRA, José Eduardo. Considerações éticas sobre a relação médico-paciente. *In*: BRAGA, Reinaldo; SOUSA, Filipe (org). *COMPLIANCE NA SAÚDE*: Presente e futuro de um mercado em brusca da autorregulação. Salvador: Sanar, 2016, p. 144-163. Disponível em: <https://media-expl1.licdn.com/dms/document/C4D2DAQEVMDb-qNixujQ/profile-treasury-document-pdf-analyze>

d/0?e=1598637600&v=beta&t=OL7lZXIhLakhf-FAF2MmztecWEdX6m-qrhFtitwgSU8k Acesso em: 20 ago. 2020.

SIQUEIRA, José Eduardo; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Reflexões bioéticas sobre o morrer com dignidade do caso Nancy Cruzan. *In*: RIBEIRO, Diaulas Costa (org.). *Medicina e Direito*: dilemas da modernidade. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 145-168.



# DIRETRIZES SOBRE O USO DE DADOS PESSOAIS E DE SAÚDE COMO FERRAMENTA DE SAÚDE PÚBLICA NO COMBATE AO COVID-19

Cibele Naoum Mattos

## SUMÁRIO

- I. Introdução.
- II. Uso de dados pessoais como medida de enfrentamento do COVID-19 e suas consequências.
  - II.1. Do uso de dados pessoais no combate ao COVID-19.
  - II.2. Da ausência de consentimento expreso.
  - II.3. Da garantia ao direito à privacidade.
  - II.4. Do desvio de finalidade dos dados pessoais utilizados no combate à pandemia e suas consequências.
- III. Princípios que norteiam o uso de dados pessoais no enfrentamento do COVID-19.
  - III.1. Princípio da motivação fundamentada.
  - III.2. Princípio da definição de finalidade específica.
  - III.3. Princípio da limitação ao mínimo necessário.
  - III.4. Princípio da definição do ciclo de vida dos dados.
  - III.5. Princípio da (pseudo)anonimização.
  - III.6. Princípio da Transparência.
- IV. Conclusão.
- V. Referência.

**Resumo:** *A pandemia causada pelo novo coronavírus vem sendo marcada pelo uso de tecnologias que viabilizam a coleta e o cruzamento de dados pessoais dos cidadãos para a formulação de políticas públicas e privadas voltadas ao combate à propagação do COVID-19. Contudo, a fim de reduzir os riscos de violação da privacidade dos titulares dos dados, bem como evitar o uso destes dados com desvio de finalidade, é necessário formular políticas de transparência na coleta, tratamento, compartilhamento e descarte de dados pessoais utilizados no enfrentamento ao novo coronavírus, além de seguir os princípios legais que norteiam esta prática.*

**Palavras-chave:** *pandemia, uso de tecnologias, privacidade, proteção de dados pessoais.*

**Abstract:** *The pandemic caused by the new coronavirus has been marked by the use of technologies that enable the collection and crossing of citizens' personal data to formulate public and private policies aimed at combating the spread of COVID-19. In order to reduce the risks of violating the privacy of the data, as well as avoiding the use of these data with other purpose, it is necessary to formulate transparency policies in the collection, treatment, sharing and disposal of data privacy used to face the coronavirus, in addition to following the legal principles that guide this practice.*

**Keywords:** *pandemic, use of technologies, privacy, data protection.*

## I — INTRODUÇÃO

2020, o ano que o mundo todo parou em virtude de um vírus. Inicialmente subestimado como mais um vírus gripal, em pouco tempo após a sua primeira aparição, em Dezembro de 2019, na

China, mais precisamente na cidade de Wuhan, o COVID-19, conhecido como novo coronavírus, rapidamente se espalhou para diversos países e continentes.

Diante do aumento no número de casos de infectados pelo novo coronavírus e da sua rápida disseminação global, em 11 de março de 2020, a OMS — Organização Mundial de Saúde declarou oficialmente estar o mundo enfrentando uma nova pandemia, causada pelo COVID-19.

Altamente contagioso, o COVID-19, ou coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2), pode causar várias infecções respiratórias nos seres humanos, desde uma simples constipação até doenças mais graves, como a síndrome respiratória do Médio Oriente (MERS) ou a síndrome respiratória aguda grave (SARS), havendo, ainda, estudos que apontam a ação do vírus nos rins, fígado, coração e cérebro.

Menos mortal e agressivo em pessoas jovens e que não se inserem no grupo de risco, sendo parte desse os idosos e portadores de doenças crônicas (diabetes, hipertensão, asma, insuficiência renal e cardíaca, entre outras), segundo dados divulgados pela BBC News, em pouco mais de 11 meses desde a sua primeira aparição, o COVID-19 já infectou mais de 54 milhões de pessoas, fazendo mais de 1,3 milhões vítimas em todo o mundo e os números não param de subir, sobre tudo na América do Sul (Brasil), América do Norte (Estados Unidos), Índia onde a disseminação do vírus ainda não foi controlada, bem como em alguns países do continente Europeu (Espanha, França, Inglaterra e Rússia), que enfrentam a 2ª onda do vírus.

No Brasil, pouco mais de 08 meses após a confirmação do primeiro caso (22 de fevereiro de 2020), o país, que conta com uma população aproximada de 212 milhões de pessoas, está chegando

ao patamar de 06 milhões de infectados e 166 mil morte. Em números, atualmente, o país só perde para os Estados Unidos (11 milhões de infectados e 247 mil mortes) e para a Índia (08 milhões de infectados e 130 mil mortes), conforme dados divulgados pelo *Coronavirus Resource Center* da Johns Hopkins University & Medicine<sup>(1)</sup>.



Fonte: Universidade Johns Hopkins (Baltimore, EUA), autoridades locais  
Números atualizados pela última vez em 17 de novembro de 2020 08:18 GMT

**Gráfico 1.** Número global de infectados e de mortes pelo novo coronavírus, atualizado até 17/11/2020

Esta não é a primeira vez que o mundo enfrenta uma pandemia. A Peste Negra, que assolou a Europa no século 14, matou entre 75 e 200 milhões pessoas. Em 1817, a Cólera fez centenas de milhares de vítimas e, posteriormente, entre 1896 e 1980, cerca de 300 milhões de pessoas morreram por causa da Varíola. Acredita-se que entre 40 e 50 milhões de pessoas tenham morrido na pandemia de Gripe Espanhola de 1918.

<sup>1</sup> Link de acesso aos dados atualizados: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

Diferentemente das pandemias passadas, em que a doença ficava concentrada em uma determinada região, país ou continente, demorando para se espalhar para outras localidades, a pandemia causada pelo COVID-19 se destaca dentre as anteriores pela sua rápida propagação em diferentes países, atingindo todos os continentes, o que pode ser atribuído à tecnologia, bem como à atual geopolítica global, que facilita e permite a livre circulação de pessoas entre países.

Além disso, considerando o avanço da tecnologia e dos estudos científicos em infectologia, bem como o mundo globalizado, que permite a união de países na busca de uma cura universal, acredita-se que em breve os testes já em fase final para as vacinas desenvolvidas para o COVID-19 serão aprovados pelos órgãos responsáveis.

Outra forte arma que vem sendo utilizada como meio de evitar a propagação do COVID-19, não existente nas pandemias anteriores, são os meios de telecomunicação, como internet fixa e móvel, que levam informação de forma livre, sem barreiras físicas, em tempo real.

Graças à conectividade e à facilidade de acesso aos diversos canais de informação, muitos países puderam se preparar para a chegada do vírus em seu território, orientando previamente a população sobre mudanças de comportamentos e cuidados de higiene necessários para evitar o contágio.

Assim, a conectividade populacional associada ao uso de dados pessoais, vem sendo utilizada, em todo mundo, como grande instrumento de saúde pública no combate à propagação do vírus.

Diversas entidades governamentais vêm associando a tecnologia com a coleta e o cruzamento de dados pessoais dos cidadãos para a formulação de políticas públicas e privadas para o combate à propagação do COVID-19, das quais se destacam:

uso de geolocalização e de mapas de calor para controle do isolamento social e identificação de áreas com aglomeração de pessoas; controle de comunicantes (*contact tracing*), código de acesso (*QR Code*) e reconhecimento facial para rastreamento de pessoas infectadas ou que tiveram algum contato com infectados, dentre outras.

Entender como a população tem se comportado durante a pandemia pode ajudar o poder público a antecipar demandas, alocar recursos e adotar políticas públicas mais eficientes e assertivas, inclusive direcionadas às necessidades de cada região, podendo ser mais brandas ou mais rígidas, a depender do número de infectados, da capacidade hospitalar e da taxa de isolamento na localidade.

Além disso, a análise de dados pessoais e de saúde dos infectados, tais como, idade, sexo, histórico de saúde, nacionalidade, biotipo sanguíneo, dentre outras informações, também podem ser utilizadas nas pesquisas científicas destinadas no combate ao novo coronavírus.

Por sua vez, a população também se sente mais segura, podendo acompanhar diariamente as estatísticas da evolução ou regressão da pandemia em seu país, cidade e até bairro onde mora.

A China, por exemplo, usou dados pessoais da população para garantir que as pessoas respeitassem a quarentena. Israel, Singapura e Coreia do Sul também utilizaram combinações de dados de localização, imagens de câmera de segurança e dados de cartão de crédito para monitorar o trânsito de pessoas.

Contudo, é preciso cautela para que esta situação excepcional que o mundo está atravessando não seja um pretexto para que entidades governamentais e a iniciativa privada utilizem esses dados pessoais coletados para outras finalidades, não relacionadas ao combate do COVID-19.

Além disso, a divulgação desses dados pessoais deve ocorrer de forma anonimizada, ou seja, que não exponha ou identifique o titular daquele dado, a fim de evitar o incentivo de práticas discriminatórias que possam afetar a vida particular e profissional do titular daquele dado.

Para tanto, é necessário formular políticas de transparência na coleta, tratamento, compartilhamento e descarte de dados pessoais utilizados no enfrentamento ao novo coronavírus, além de seguir os princípios legais que norteiam esta prática, a fim de reduzir os riscos de violação da privacidade dos titulares dos dados e o uso indevido destes dados pessoais por empresas e entidades governamentais, ou mesmo para coibir práticas discriminatórias.

No Brasil, em 2018 foi aprovada a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Originalmente, a previsão era que a lei entrasse em vigor em Fevereiro/2020, tendo a Lei nº 13.853/2019 alterado a data para Agosto/2020. Contudo, em meio ao cenário de pandemia, em 30/04/2020 foi editada a MP 959/2020, que em seu art. 4º prorrogou o início da vigência da lei para 03/05/2021.

Ocorre que, embora no dia 26/08/2020, o Senado Federal tenha aprovado a MP 959/2020, o art. 4º supramencionado não foi recepcionado, tendo esclarecido em nota oficial, publicada na página oficial do Senado Federal, que a LGPD não entrará em vigor imediatamente, mas somente após a sanção ou o veto, conforme prevê o §12º, do art. 62, da Constituição Federal do Brasil, o que ocorreu no dia 18/09/2020.

Embora a LGPD já esteja em vigor no Brasil, considerado que a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão responsável pela fiscalização e punição por descumprimento da lei, ainda não foi instaurada, a data para o início da aplicação das sanções legais continua a mesma do texto original, qual seja, 01/08/2021.

Em que pese a LGPD ainda não seja objeto de punição, considerando que suas disposições já estão vigentes, ela deve ser interpretada como um norteador principiológico de proteção de dados nas políticas públicas implementadas no combate ao novo coronavírus.

Além disso, ainda que não sujeito às penalidades e fiscalizações, a adoção de salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos a direitos fundamentais previstas na LGPD devem ser adotadas, inclusive com embasamento na legislação difusa já vigente no país (Lei nº 12.965/2014 — Marco Civil da Internet, Decreto 8.77/2016, Lei 12.527/2011 — Lei de Acesso à Informação, Lei 9.472/1997 — Lei Geral de Telecomunicações, entre outras), além dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal (direito à intimidade e privacidade) e demais tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Na Europa, o cenário já é mais homogêneo, pois desde 2016 foi editado o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), criado com o objetivo de viabilizar aos cidadãos e residentes da União Europeia formas de controle dos seus dados pessoais, bem como unificar a sua regulamentação.

No contexto de pandemia, tanto a LGPD como a RGPD, fornecem as bases legais para permitir que as autoridades públicas de saúde realizem a coleta e o tratamento de dados pessoais como medidas de saúde pública e proteção da coletividade, desde que observados os princípios basilares da proteção de dados pessoais.

Portanto, as entidades governamentais e iniciativas privadas envolvidas no combate à propagação do COVID-19, ao adotar determinadas políticas de saúde públicas que fazem uso de dados pessoais da população, precisam avaliar o impacto do uso dessas tecnologias no direito à privacidade dos titulares dos dados utilizados e adotar meios de mitigar ou minimizar eventuais danos.

## II. USO DE DADOS PESSOAIS COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO DO COVID-19 E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

Constituem dados pessoais toda e qualquer informação relativa a uma pessoa natural identificada ou identificável, conforme define a legislação brasileira (inc. I, art. 5º, da Lei nº 13.709/2018) e o regulamento do direito europeu (RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados, art. 4º, 1).

Assim, são considerados dados pessoais o nome, o endereço, a nacionalidade, o gênero, a profissão, o estado civil, a idade, a estatura, a profissão, a cor do cabelo, enfim, qualquer tipo de informação relativa a uma pessoa natural.

Na legislação brasileira, é titular de um dado a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (inc. V, art. 5º, da Lei nº 13.709/2018).

O regulamento europeu, por sua vez, define o titular de dados como a “pessoa natural que pode ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como um nome, um número de identificação, dado de localização, um identificador online ou por um ou mais fatores específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social desta pessoa natural” (art. 4º, I. RGPD).

Quando o dado pessoal se referir à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter

religioso, filosófico ou político, à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, a informação é considerada como um dado pessoal sensível (inc. II, do art. 5º, da LGPD e considerando 51 — 56 da RGPD) e merece um cuidado especial, pois diz sobre questão íntima da pessoa, que quando utilizada sem a devida cautela ou consentimento necessário, pode gerar prejuízos à intimidade e privacidade do titular daquele dado.

Algumas informações podem ser classificadas como metadados, ou seja, que embora não derivam informações sobre a pessoa natural, a partir de uma análise lógica de seu conjunto e volume de dados (por exemplo, via *Big Data*) é possível construir um perfil comportamental individual, que então viabiliza a identificação pessoal.

Tal situação é tratada no art. 12, §2º, da Lei nº 13.709/2018, que dispõe que “*poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada*”.

Pois bem. Voltando-se ao contexto enfrentado durante a pandemia do novo coronavírus, as entidades governamentais e também a iniciativa privada vem fazendo uso de tecnologias associadas à coleta e à utilização de dados pessoais da população, para adotar algumas medidas de saúde pública, voltadas ao controle do distanciamento social recomendado pela OMS — Organização Mundial de Saúde, verificação de regiões com índice alarmante de aglomeração de pessoas e até mesmo rastreamento de pessoas infectadas ou suspeitas.

Segundo MALDONADO e BLUM, entende-se por saúde pública “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), englobando

também as instituições públicas de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos (inclusive de sangue e hemoderivativos) e de equipamentos de saúde, nos termos do disposto no artigo 4º e §1º da Lei 8.080/1990” (2019, p.205).

O Art. 13 da LGPD autoriza expressamente que órgãos de pesquisa tenham acesso a base de dados pessoais, com a finalidade única de realizar estudos em saúde pública, desde que mantidos em ambiente seguro e, sempre que possível, (pseudo) anonimizados, observados os padrões éticos relacionados a estudos e pesquisa.

Em 08 de Abril de 2020, a União Europeia editou a Recomendação 2020/518, dispondo sobre a “utilização de tecnologias e dados para combater a crise da COVID-19 e sair da crise, nomeadamente no respeitante às aplicações móveis e à utilização de dados de mobilidade anonimizados”, que em seus Considerandos (2) e (3) fundamentam sobre a relevância para a sociedade da utilização de dados digitais no combate da pandemia e, por sua vez, da necessidade de proteger a privacidade e a proteção de dados:

(2) Uma vez que, na Europa, muitas pessoas estão ligadas à Internet através de dispositivos móveis, as tecnologias e os dados digitais têm um papel importante a desempenhar na luta contra a crise da COVID-19. Estas tecnologias e dados podem constituir um instrumento valioso para informar o público e ajudar as autoridades públicas competentes nos seus esforços de contenção da propagação do vírus e para permitir que as organizações de saúde troquem dados relativos à saúde. Porém, uma abordagem fragmentada e descoordenada pode prejudicar a eficácia das medidas destinadas a lutar contra a crise da COVID-19, causando, ao mesmo tempo, danos graves ao mercado único e aos direitos e liberdades fundamenta

(3) Por conseguinte, é necessário desenvolver uma abordagem comum no que respeita à utilização de tecnologias e dados digitais para dar resposta à atual crise. A abordagem deve ser eficaz no apoio às autoridades nacionais competentes, em particular às autoridades de saúde e aos decisores políticos, fornecendo-lhes dados sufi-

cientes e precisos que permitam compreender a evolução e a propagação do vírus da COVID-19, bem como os seus efeitos. Do mesmo modo, estas tecnologias podem capacitar os cidadãos para que tomem medidas eficazes e mais específicas de distanciamento social. Ao mesmo tempo, a abordagem proposta visa preservar a integridade do mercado único e proteger os direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente os direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais.

### *II.1. Do uso de dados pessoais no combate ao COVID-19.*

Como mencionado, diversas entidades governamentais vêm associando a tecnologia com a coleta e o cruzamento de dados pessoais dos cidadãos para a formulação de políticas públicas e privadas para o combate à propagação do COVID-19.

Dentre essas medidas tecnológicas de uso de dados pessoais, destacam-se como principais o uso de geolocalização ou rastreamento de sinal, a medição de temperatura corpórea e o controle de comunicantes (*contact tracing*).

O método mais conhecido consiste na análise de **informações de geolocalização agregadas e anônimas**, captados a partir dos sinais de aparelhos celulares e dispositivos móveis, para monitorar o percentual de pessoas em movimento em uma determinada região, viabilizando o estudo de comportamento social e a medição da taxa de isolamento social.

Além disso, o uso de dados de geolocalização permite também a identificação de mapas de calor, ou seja, de localidades em que esteja havendo grande circulação de pessoas, auxiliando as entidades governamentais na adoção de medidas imediatas para interromper eventual aglomeração.

Em países com extenso território, como o Brasil, a utilização de dados de geolocalização se mostra uma importante ferramenta de saúde pú-

blica, pois viabiliza a adoção de diferentes medidas de enfrentamento da pandemia (decretação de quarentena, *lock down*, proibição de funcionamento de estabelecimento comercial e exercício de atividades e serviços) de acordo com a taxa de isolamento social para determinada região, associada com o número de pessoas infectadas e a capacidade hospitalar local, indicando a necessidade de adotar medidas mais brandas ou rígidas para o combate da propagação do novo coronavírus.

Para executar esta medida, o governo brasileiro firmou acordo com cinco grandes operadoras de telecomunicações para ter acesso a dados anônimos de celulares e monitorar deslocamentos durante a pandemia do novo coronavírus, a fim de controlar os índices de isolamento social por região.

Valé ressaltar que o uso desses dados de geolocalização para as finalidades mencionadas não representam uma ameaça à privacidade e intimidade dos usuários de dispositivos móveis, pois as operadoras de telecomunicação apenas divulgam às entidades governamentais dados estatísticos, ou seja, já devidamente tratados de acordo com a sua finalidade específica e anonimizado, inviabilizando a identificação direta ou indireta dos usuários.

Outra medida de coleta de dados pessoais que vem sendo utilizada em diversos países como forma de evitar o contágio do vírus é a **medição de temperatura corpórea** para ingressar em determinadas localidades (ambientes públicos ou privados), tais como supermercados, aeroporto, banco. A finalidade é evitar que pessoas que apresentem temperatura corpórea acima de 37,5 °C ingressem no local e exponham as demais ao risco de contaminação.

Considerada mais invasiva do que as outras medidas, o **controle de comunicantes** (também conhecido como *contact tracing* ou rastreamento de contatos), coleta dados pessoais a partir do rastrea-

mento de dispositivos móveis via *bluetooth* ou geolocalização (GPS) de pessoas identificadas como infectadas com o COVID-19, armazenando os registros de localização e informações sobre seus movimentos recentes, o que viabiliza a identificação de terceiros cujos dispositivos tenham registrado proximidade recente ao dispositivo da pessoa infectada, os quais são imediatamente notificados sobre o risco de infecção e orientados a se isolar.

O controle de comunicantes (*contact tracing*) é operado por um aplicativo, que pode ser desenvolvido por entidade pública ou privada, cujo uso, a depender do país, pode ser compulsório ou não. Quando se tratar de uso opcional, o indivíduo tem a autonomia de baixar e lançar os seus dados no aplicativo, de forma consciente e consentida, ou seja, se ele for infectado, poderá ou não inserir esse dado no aplicativo.

Por sua vez, alguns países asiáticos adotaram o uso do aplicativo de forma compulsória, ou seja, toda a população deveria lançar seus dados no aplicativo, inclusive comunicar caso infectado e autorizar receber as mensagens de alerta.

Nota-se que esta tecnologia pode ser considerada como um eficaz instrumento de combate ao COVID-19 em países em que a população majoritária tenha acesso à internet e faça uso de aparelhos celulares com tecnologia compatível, sendo também necessário que o país realize os testes para COVID-19 em massa, a fim de que as pessoas infectadas sejam identificadas e imediatamente isoladas, assim como aquelas que tenham tido algum contato próximo com infectados, as quais receberão a mensagem de alerta pelo aplicativo de *contact tracing*.

Essa medida foi peça chave para a contenção do vírus na Coreia do Sul e na China, por exemplo. No Brasil, contudo, não há expectativas de que esse método seja eficaz, pois o país não dispõe de

uma quantidade suficiente de testes diagnósticos para toda a população, além de parte da população, sobretudo nas regiões mais precárias do país, não terem acesso à internet ou à dispositivo móvel com tecnologia compatível (*bluetooth* ou *GPS*).

Outra tecnologia utilizada por países asiáticos no combate à pandemia foi a elaboração de “código de cores” (vermelha, amarela e verde) para o controle de acesso de pessoas, sobretudo em locais onde há um grande tráfego de indivíduos, através de um programa de *QR Code*. O *status* vermelho indica que o usuário deve permanecer em quarentena por um período de 14 dias, o amarelo indica a quarentena por 7 dias e o *status* verde aponta que o sujeito está livre para transitar.

Existem, ainda, outras medidas mais invasivas à intimidade e privacidade do indivíduo, como o reconhecimento facial e o uso de dados biométricos para liberação do acesso de pessoas a determinados locais públicos e privados. No Brasil ainda não há qualquer manifestação de interesse em adotar as referidas medidas, primeiro pela questão da violação à intimidade e privacidade dos cidadãos, o que infringe direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, segundo, pois o país não possui estrutura tecnológica para tanto.

Alguns dados pessoais de saúde também são fundamentais no combate à pandemia, como por exemplo, a divulgação autorizada às entidades governamentais de dados de saúde de pacientes infectados para fins estatísticos (apuração do número de infectados, número de óbitos, número de recuperados, número de pacientes internados, análise da curva da doença, identificação do epicentro da doença, etc).

Entidades de pesquisa oficiais também necessitam de alguns dados de saúde de pessoas infectadas (histórico de saúde, faixa etária, gênero, sintomas,

tratamento adotado, etc) para estudos científicos sobre o COVID-19 (vacina, evidência científica de eficácia de medicamentos no tratamento de doentes, sequelas do vírus no corpo humano, entre outros).

## II.2. Da ausência de consentimento expresso.

No Brasil, o uso de dados pessoais, dentro ou fora de uma situação de pandemia como a da COVID-19, deve ter como fundamento os direitos humanos, a dignidade e a proteção à privacidade, intimidade e honra.

Neste cenário, a LGPD (lei nº 13.709/2018) assume um importante papel no período de pandemia, pois ao mesmo tempo que viabiliza o uso de dados pessoais em situações de emergência, de comprovado interesse público e necessidade iminente de proteção de vidas, também confere segurança jurídica para tais usos, principalmente no compartilhamento de dados entre entes privados e públicos.

Em regra, o tratamento de dados pessoais ocorre mediante o consentimento do titular dos dados ou seu responsável, que poderá revogar o consentimento outorgado a qualquer momento (LGPD art. 7º, inc. I) ou, sem consentimento do titular em algumas das hipóteses legais previstas nos incs. II a X, do art. 7º da referida lei, que inclui execução de política pública e realização de estudos por órgão de pesquisa e tutela da saúde.

A própria LGPD, em seu art. 5º, inc. XII, define consentimento como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Portanto, para que o consentimento seja válido, é necessário que o titular tenha conhecimento inequívoco da finalidade do tratamento do seu dado pessoal.

Por sua vez, em se tratando de dados pessoais

sensíveis, ou seja, aqueles relativos a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, a LGPD autoriza o tratamento desses dados sem o consentimento do titular ou responsável legal, em 07 hipóteses específicas previstas no art. 11, inc. II: 1) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; 2) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; 3) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; 4) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; 5) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; 6) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou 7) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular.

Portanto, a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais de saúde sem o consentimento do titular dos dados ou seu responsável legal, para a adoção de políticas de saúde pública, proteção da vida, tutela da saúde, estudos por órgão de pesquisa, hipóteses compatíveis com o contexto atual de pandemia.

A dispensa da obtenção do consentimento, no entanto, não exonera da observação dos demais princípios da LGPD, dentre os quais o da finalidade, necessidade, adequação e segurança.

Por sua vez, o art. 45 da Lei da Quarentena (Lei nº 13.979/2020) dispõe que as informações de saúde devem ser mantidas em sigilo e processadas anonimamente, mediante balizas de leis nacionais.

Na Europa, também é autorizado o uso de da-

dos pessoais sem necessidade de consentimento do titular para fins humanitários, incluindo monitorização de epidemias e sua propagação, desde que respeitados os princípios do tratamento de dados (Considerando 46 e 54 da RGPD).

(46) O tratamento de dados pessoais também deverá ser considerado lícito quando for necessário à proteção de um interesse essencial à vida do titular dos dados ou de qualquer outra pessoa singular. Em princípio, o tratamento de dados pessoais com base no interesse vital de outra pessoa singular só pode ter lugar quando o tratamento não se puder basear manifestamente noutro fundamento jurídico. Alguns tipos de tratamento podem servir tanto importantes interesses públicos como interesses vitais do titular dos dados, por exemplo, se o tratamento for necessário para fins humanitários, incluindo a monitorização de epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofes naturais e de origem humana.

(54) O tratamento de categorias especiais de dados pessoais pode ser necessário por razões de interesse público nos domínios da saúde pública, sem o consentimento do titular dos dados. Esse tratamento deverá ser objeto de medidas adequadas e específicas, a fim de defender os direitos e liberdades das pessoas singulares. (...)

Nota-se, portanto, que tanto a LGPD como o RGPD, ao mesmo tempo que atuam como referência normativa de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, também agem como instrumento de garantia da saúde pública no combate ao COVID-19.

### *II.3. Da garantia ao direito à privacidade*

O direito à privacidade está diretamente ligado ao direito da personalidade da pessoa humana.

A Constituição Federal do Brasil traz, em seu art. 5º, inc. X, que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 21, diz

que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que regula direitos e deveres dos internautas na navegação, também tem como preocupação a proteção de dados pessoais e a privacidade dos usuários, conforme dispõe o art. 3º, incisos II e III.

Basicamente e de forma superficial, pode-se entender como privacidade o direito de manter sob a sua guarda ou controle informações pessoais que por motivos íntimos não se deseja ser revelado ou compartilhado.

Quando esta informação, que se pretende manter protegida, é vazada, atinge a esfera pessoal e íntima do indivíduo, muitas vezes afetando a sua honra e a boa imagem, podendo causar consequências que vão muito além do simples vazamento de um dado.

Diferentemente de um bem material, que é possível transferir a posse para outra pessoa e depois retomar ou recuperar, quantas vezes quiser e for possível, a informação, uma vez divulgada, transferida ou vazada para outra pessoa, não se pode retornar ao seu *status quo*, pois não é possível deletar a memória de outrem.

Além disso, graças à tecnologia da informação, à velocidade da internet e à popularidade dos aplicativos móveis de comunicação, a informação é rapidamente circulada e, uma vez compartilhada, não há mais como controlar a sua veiculação.

Pois isso, em se tratando de divulgação e vazamento de dados pessoais, é possível falar em danos irreversíveis à intimidade e privacidade do titular, sobretudo quando se tratar de dados pessoais sensíveis, que revelam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas,

filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa.

Isto porque, infelizmente, em decorrência do vazamento de algum dado pessoal, principalmente se esse dado for sensível, é possível que o titular seja vítima de atos discriminatórios, ainda que de forma não perceptível.

No cenário de pandemia, a não proteção ou o vazamento de dados pessoais relacionados à saúde, como por exemplo, identificação de pessoas que estão ou já foram infectadas pelo COVID-19 ou que se inserem no grupo de risco em virtude de alguma doença ou comorbidade não revelada publicamente (portadores do vírus HIV e da Hepatite; portadores de doenças autoimunes; pessoas transplantadas ou em tratamento quimioterápico ou de medicamento imunossupressores), podem gerar consequências negativas ao titular do dado vazado, atingindo esferas da sua vida pessoal, familiar, profissional e religiosa.

Existe, ainda, a preocupação de que os dados pessoais utilizados por entidades públicas e privadas como medidas de saúde pública voltadas ao combate do COVID-19, já apresentadas anteriormente (uso de geolocalização, medição de temperatura corpórea, *contact tracing*), sejam utilizados para outras finalidades não relacionadas ao enfrentamento da pandemia.

Diante desta preocupação, deve-se priorizar a adoção de medidas de saúde pública que utilizam dados pessoais anonimizados, ou seja, “relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (art. 5º, inc. III, da LGPD).

Por sua vez, o dado pseudonimizado é aquele que permite a associação direta ou indireta a um indivíduo, mediante o uso de informação adicional, a qual é segregada pelo controlador e mantida em

separado de forma segura e controlada (§4º, do art. 13, da LGPD).

Aliás, em se tratando de estudos em saúde pública, o próprio art. 13, da LGPD, prevê que, sempre que possível, os dados pessoais deverão passar por processo de anonimização ou pseudonimização.

A fim de verificar se um dado foi ou é anonimizado, segundo MALDONADO e BLUM (2019, p.96), devem ser observado os seguintes critérios previstos no art. 12, da LGPD:

- Impossibilidade de o titular ser identificado ou perda da possibilidade da associação, direta ou indireta, do indivíduo;
- Mediante a utilização de meio técnico razoável e disponível na ocasião do seu tratamento;
- O processo de anonimização não pode ser revertido, com a utilização exclusiva de meios próprios ou por esforços razoáveis;
- O esforço razoável será determinado com base em fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

Como mencionado anteriormente, no Brasil, por força de um acordo de cooperação celebrado entre entidades governamentais e operadoras de celular, os sinais emitidos por aparelhos de celulares dos titulares de telefonia móvel passaram a ser monitorados, a fim de auferir os índices de isolamento e distanciamento social necessários ao combate da pandemia do novo coronavírus.

Referido acordo de cooperação tem como fundamento legal o art. 6º, da Lei nº 13.979/2020, que dispõe ser obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essen-

ciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo novo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

Embora o uso de dados de geolocalização tenha sido alvo de críticas relacionadas à quebra da privacidade dos usuários de telefonia, seguindo as orientações legais, os dados fornecidos pelas operadoras de celular às entidades governamentais são submetidas a um processo de (pseudo)anonimização, de modo que as informações são passadas de forma agregadas e anônimas, em formato estatísticos, não sendo possível identificar individualmente os usuários e sua localização. Logo, a intimidade e privacidade dos usuários são seguramente preservadas, desde que adotadas técnicas robustas de anonimização (como criptografia), para inviabilizar a engenharia reversa.

Diferente do uso de dados de geolocalização, em que o consentimento do titular do dado captado é dispensado por força legal, o *contact tracing*, que consiste no uso de sensor Bluetooth ou do GPS (geolocalização) para calcular a proximidade entre usuários contaminados pelo COVID-19 e saudáveis, emitindo mensagens de alerta, em regra, apenas é possível mediante o consentimento do titular, já que a coleta dos dados ocorre através de aplicativos baixados em aparelhos celulares.

Na maioria dos países que disponibilizaram esse método de combate à propagação do COVID-19, a utilização da funcionalidade do *contact tracing* é opcional e depende da adesão social, ou seja, é dada a liberdade ao indivíduo de baixar o aplicativo e inserir seus dados.

Portanto, em regra, trata-se o *contact tracing* de medida expressamente consentida, considerando que ao baixar o aplicativo, os titulares de dados estão cientes e consentidos de que estão autorizando o acesso, a coleta e o tratamento dos seus dados

peessoais (rastreamento) e de saúde (infectados, suspeitos e recuperados), para aquela finalidade específica.

Contudo, alguns países asiáticos, como é o caso da China, o *contact tracing* foi adotado de forma compulsória, ou seja, a população foi obrigada a baixar o aplicativo e a utilizá-lo, sob pena de multa. Neste caso, entende-se que o consentimento foi coagido e suprimido em detrimento de política de saúde pública no enfrentamento da pandemia.

Embora eficiente no combate à propagação do vírus, sobretudo quando associado ao teste em massa, viabilizando o isolamento vertical, ou seja, mantém os jovens em atividade e apenas os infectados, suspeitos alertados via aplicativo e integrantes do grupo de risco isolados, o *contact tracing* vem sendo alvo de críticas envolvendo o nível de privacidade dos usuários. A principal preocupação é com a transparência na utilização dos dados coletados.

Apesar do aplicativo de *contact tracing* não divulgar a identidade do infectado para a pessoa que recebe o alerta e se comprometer a manter em segurança os dados coletados dos seus usuários, esta segurança prometida é questionável, ante o risco de vazamento ou sequestro de dados, ou ainda de serem utilizados com finalidade distinta.

Se o aplicativo utiliza sensor *Bluetooth* ao invés da geolocalização (GPS), o que é considerado menos invasivo, pois não identifica o IP do aparelho celular, existe o risco de falha no cruzamento de sinais, o que enfraquece a assertividade do aplicativo.

Em Portugal, o *contact tracing* foi implantado com o desenvolvimento do sistema digital STAYWAY COVID, que a partir do sinal emitido por *Bluetooth*, são gerados números aleatórios captados pelos dispositivos de cada pessoa com quem mantém contato. A partir do cruzamento dos sinais, são emitidas notificações aos usuários

que tiveram contato próximo nos últimos 14 dias com utilizador que posteriormente venha a confirmar a infecção.

O sistema foi desenhado para preservar o anonimato dos usuários, sendo utilizado apenas os códigos gerados aleatoriamente pela aplicação no dispositivo móvel. Assim, em tese, o sistema não tem acesso a qualquer outro dado armazenado no aparelho móvel, como nome, endereço, documento de identidade, entre outros.

Seguindo a recomendação da Comissão Nacional de Proteção de Dados, em 11 de agosto de 2020, foi publicado o Decreto-Lei n.º 52/2020, com o objetivo de conferir enquadramento legal ao responsável pelo tratamento dos dados e regular a intervenção do médico no sistema STAYWAY COVID.

De acordo com o referido decreto a Direção-Geral da Saúde (DGS) foi nomeada como entidade responsável pelo tratamento de dados do sistema STAYWAY COVID, para efeitos da legislação europeia e nacional aplicável à proteção de dados pessoais (art. 3º).

O Decreto também dispõe que a utilização dos dados deve limitar-se à finalidade do sistema, devendo garantir o respeito pelos princípios e salvaguardas em matéria de proteção de dados pessoais, notadamente o princípio da minimização dos dados.

No tocante à medição de temperatura, que vem sendo utilizada em larga escala para auferir se o indivíduo que pretende ingressar em alguma localidade apresenta estado febril, por se enquadrar como um dado de saúde (dado pessoal sensível) deve ser tratado com cautela. Primeiramente, não deve ser permitido o registro desta medição sem o prévio consentimento do titular (exceto para realização de estudos por órgãos de pesquisa, desde que anonimizados) e, segundo, deve evitar exposição

do referido dado por motivo que se afaste da sua finalidade.

#### **II.4. Do desvio de finalidade dos dados pessoais utilizados no combate à pandemia e suas consequências**

Como mencionado, embora eficientes no combate à propagação do vírus, existe o risco de que os dados pessoais utilizados como medidas de saúde pública voltadas ao combate do COVID-19, já apresentadas anteriormente (uso de geolocalização, medição de temperatura corpórea, *contact tracing*), sejam utilizados para outras finalidades não relacionadas ao enfrentamento da pandemia.

No caso, por exemplo, do *contact tracing*, em que o aplicativo possui acesso às informações de geolocalização do usuário, embora haja o compromisso de manter em segurança os dados coletados dos seus usuários e que estes sejam utilizados de forma anonimizada, esta segurança prometida é questionável, ante o risco de vazamento ou sequestro de dados, ou ainda de serem utilizados com finalidade distinta.

A análise dos dados de geolocalização pode revelar informações relevantes sobre o seu titular, como lugares que frequenta, pessoas com quem mantém contato, que, por si só, ou quando associado a outros dados, viabilizam conhecer a fundo hábitos, rotinas, informações de saúde, opinião política, opção religiosa e sexual, entre outras informações.

Estes dados, quando utilizados com desvio de finalidade, ou se vazados, podem afetar a vida pessoal e profissional do titular. Por exemplo, a partir da análise de geolocalização de um dispositivo móvel, que registra visitas recorrentes em um hospital quimioterápico ou em uma clínica de recuperação para dependentes químicos, é possível concluir que

este indivíduo está doente.

Em uma sociedade onde informações relativas às pessoas e seus interesses (afinidade política, opção sexual e religiosa, estado civil, hobbies, esportes que pratica, medicamentos que faz uso, interesse em culinária, dentre outras) possuem valor, por exemplo, para fins de adoção de estratégias de marketing ou de manipulação da opinião pública sobre questões políticas e sociais a partir de notícias e anúncios veiculadas nas mídias sociais, devem ser priorizadas salvaguardas para evitar e garantir que os dados obtidos na adoção do *contact tracing* não sejam compartilhados ou vazados para terceiros que tenham interesse financeiro e comercial em acessá-los.

Outro exemplo de desvio de finalidade do *contact tracing*, que pode ter consequências negativas aos seus titulares, é a hipótese do aplicativo ativar notificações para que o usuário autorize que a plataforma tenha acesso a outros dados disponíveis no dispositivo móvel, e não apenas aos dados de geolocalização ou *bluetooth*. Neste caso, ainda que o usuário autorize o acesso aos dados, considerando que tais informações não estão relacionadas à finalidade do aplicativo (rastreamento da geolocalização para informar se esteve em contato com pessoa infectada), a prática deve ser considerada como invasiva à privacidade.

Já no caso do uso da tecnologia de reconhecimento facial para liberação do acesso de pessoas a determinados locais públicos e privados, além da crítica relacionada à eficácia dos algoritmos no reconhecimento da face com uso de máscara, o que reduz a assertividade do método, podendo causar situações constrangedoras aos indivíduos, a tecnologia também é alvo de críticas relacionadas ao risco do uso desses dados para outras finalidades não relacionadas ao combate à pandemia, sejam elas le-

gítimas ou não. Por exemplo, é possível aproveitar a tecnologia de reconhecimento facial para liberar o acesso de pessoas a um determinado local, para buscar uma pessoa considerada fugitiva pelas autoridades policiais? Ou então, estes dados poderiam ser utilizados para auxiliar na busca do paradeiro de uma pessoa considerada desaparecida? Estas questões ainda precisam ser debatidas.

No Brasil, uma das medidas proposta pelo Governo Federal, através da MP 954, de 17 de abril de 2020, que determinava às empresas de telecomunicação o compartilhamento de dados dos seus usuários (nome, número de telefone, endereço), tanto pessoas físicas como jurídicas, com o IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, durante o período de pandemia, para utilização de estatística oficial no PNAD (pesquisa nacional por amostras de domicílio), foi considerada inconstitucional pelo STF — Supremo Tribunal Federal, tendo a sua eficácia suspensa.

O julgamento das cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionaram a constitucionalidade da MP 954/20, ocorreu no dia 06 de maio de 2020, tendo a Ministra Rosa Weber, relatora do processo, entendido que a MP 954/20 viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados.

Dentre os argumentos, a Ministra entendeu que a MP não definiu de forma clara e esclarecida qual seria o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica e a sua amplitude. Além disso, também argumentou que não ficou clara a necessidade de fornecimento dos dados, como serão efetivamente utilizados, nem tampouco estabeleceu as formas de fiscalização e de consequências sobre responsabilização por acesso indevido ou mau uso

dos dados.

Portanto, no caso exposto, embora não se questione a relevância, a seriedade e a legitimidade do trabalho desenvolvido pelo IBGE, órgão responsável pela realização de pesquisas e estatísticas geográficas e demográficas no país, sopesando os direitos fundamentais, foi priorizada a garantia à privacidade e intimidade de centena de milhões de usuários de telefonia.

O que se verifica é que por mais que as medidas de enfrentamento da pandemia a partir do uso de dados pessoais sejam consentidas ou protegidas, existem riscos de vazamento, desvio de finalidade, ausência de transparência, que podem violar o direito à privacidade do titular, o que pode afetar negativamente, de forma direta ou indiretamente, a sua vida pessoal e profissional.

A fim de evitar que os titulares tenham sua privacidade violada, é recomendado que as entidades públicas e privadas observem alguns princípios ou diretrizes éticas para o uso de dados pessoais no enfrentamento do COVID-19.

### III. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O USO DE DADOS PESSOAIS NO ENFRENTAMENTO DO COVID-19

Como explanado, o direito fundamental da privacidade e da intimidade pode ser ameaçado e violado em detrimento do uso de dados pessoais no combate à crise de saúde pública causada pela pandemia do COVID-19. Contudo, quando norteadas por princípios e boas práticas, além de preservar direitos e garantias fundamentais da população, como a proteção à intimidade e privacidade, aumentam a probabilidade de eficiência dessas medidas, bem como o nível de confiabilidade por parte da sociedade.

As entidades públicas e privadas envolvidas em acordos e contratos de compartilhamento de dados

peçoais para enfrentamento da pandemia possuem o dever de incorporar salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos, que devem seguir alguns princípios basilares da proteção de dados previstos tanto na LGPD, como no RGPD.

A LGPD, em seu art. 6º, elenca os 10 princípios que devem ser observados no tratamento de dados pessoais, são eles: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Por sua vez, o RGPD da União Européia também prevê nos Considerandos (1) e (2) que a proteção das pessoas naturais relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental e que os princípios e regras em matéria de proteção de dados pessoais deverão ser observados independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas.

Os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais previstos no RGPD estão relacionados no art. 5º: licitude, lealdade, transparência, limitação da finalidade, minimização dos dados (*data minimisation*) e limitação da conservação (*storage limitation*). Tais princípios, segundo MALDONADO e BLUM (2018, p 49-50), “*visam atribuir limitações ao tratamento, assim como empoderar o titular de dados no intuito de aumentar as suas chaves de controle e decidir acerca do seu fluxo (autodeterminação informativa)*”.

No que diz respeito ao uso de tecnologias e dados pessoais no enfrentamento da pandemia, a Recomendação (UE) 2020/518, de 8 de Abril de 2020, editada pela Comissão Europeia, em seu Considerando (25) prioriza que as autoridades de saúde pública e instituições de pesquisa utilizem os dados pessoais limitado ao necessário, observadas as salvaguardas:

(25) Em conformidade com o princípio da minimização de dados, as autoridades de saúde pública e as instituições de investigação devem tratar os dados pessoais apenas quando tal é adequado, pertinente e limitado ao necessário, e devem aplicar salvaguardas adequadas, como a pseudonimização, a agregação, a cifragem e a descentralização.

Ainda na referida Recomendação (UE) 2020/518, na Recomendação (16), que trata dos aspectos da utilização das aplicações móveis em matéria de privacidade e proteção de dados no enfrentamento do COVID-19, são indicados os seguintes princípios a serem observados:

(16) No que diz respeito, em particular, à utilização de aplicações móveis de alerta e prevenção da COVID-19, devem ser observados os seguintes princípios:

- (1) salvaguardas que garantam o respeito pelos direitos fundamentais e a prevenção da estigmatização, em especial regras aplicáveis em matéria de proteção dos dados pessoais e de confidencialidade das comunicações;
- (2) preferência pelas medidas menos intrusivas mas eficazes, incluindo a utilização de dados de proximidade e a necessidade de evitar o tratamento de dados sobre a localização ou os movimentos de pessoas, bem como a utilização de dados anonimizados e agregados, sempre que possível;
- (3) requisitos técnicos relativos às tecnologias adequadas (por exemplo, Bluetooth de baixo consumo) para estabelecer a proximidade dos dispositivos, a encriptação, a segurança dos dados, o armazenamento dos dados sobre o dispositivo móvel, o eventual acesso das autoridades sanitárias e o armazenamento de dados;
- (4) requisitos eficazes em matéria de cibersegurança para proteger a disponibilidade, a autenticidade, a integridade e a confidencialidade dos dados;
- (5) termo do prazo das medidas tomadas e supressão dos dados pessoais obtidos através das medidas, o mais tardar quando se declara que a pandemia está sob controlo;
- (6) carregamento de dados de proximidade em caso de infeção confirmada e métodos adequados para alertar as pessoas que tenham estado em estreito

contacto com a pessoa infetada, que serão mantidos anónimos;

- (7) requisitos de transparência sobre os parâmetros de privacidade, a fim de assegurar a confiança nas aplicações.

A LGPD, em seu art. 13, prestigia os princípios da finalidade, transparência, segurança e anonimização, ao prever expressamente que a coleta de dados por órgãos de pesquisa, para realização de estudos em saúde pública, deverão ser tratados exclusivamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas, seguindo os padrões éticos, além de necessariamente ser mantidos em ambiente controlado e seguro, que incluam, sempre que possível, a (pseudo)anonimização dos dados, que conforme define o §4º do referido dispositivo consiste na perda da possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

Por sua vez, §2º do art. 13 dispõe que a responsabilidade pela segurança da informação dos dados coletados é do órgão de pesquisa, sendo expressamente proibida, em qualquer circunstância, a transferência dos dados a terceiros.

Portanto, a fim de reduzir os riscos de violação à privacidade e intimidade, as partes envolvidas nas ações de enfrentamento da pandemia do COVID-19 a partir do uso de dados pessoais da população, devem incorporar salvaguardas e mecanismos de mitigação de riscos a direitos fundamentais, através da aplicação dos princípios a seguir explanados, previstos tanto na LGPD como no RGPD e na Recomendação (UE) 2020/518.

Tais princípios devem ser aplicados como diretrizes éticas e legais para a utilização de dados pessoais no enfrentamento do COVID-19.

### ***III.1. Princípio da motivação fundamentada (art. 6º, inc. II, da LGPD)***

Havendo necessidade de uso de dados para o combate ao COVID-19, é necessário garantir que tais ações sejam motivadas e fundamentadas em evidências técnicas e científicas quanto à necessidade e eficiência do uso de tais informações. Ou seja, é necessário demonstrar a compatibilidade do mecanismo de tratamento utilizado com a finalidade que se busca alcançar.

### ***III.2. Princípio da definição de finalidade específica (art. 6º, inc. I, da LGPD)***

Toda e qualquer atividade de tratamento de dados para o combate ao COVID-19 deve ter a sua finalidade estritamente delimitada e específica, além de propósitos legítimos, necessariamente informados ao titular, a fim de que seja possível verificar se há riscos à privacidade, bem como dimensionar o grau de eficiência no combate à pandemia.

### ***III.3. Princípio da limitação ao mínimo necessário (art. 6º, inc. III, da LGPD)***

Qualquer medida empregada deve se pautar pela menor violação à privacidade possível, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos à finalidade pretendida.

Assim, havendo a necessidade do uso de dados de pessoas, além de estar fundamentada em expressa autorização legal e de demonstrar que a coleta e uso dos dados coletados são necessários para atingir a finalidade desejada, deve estar evidenciado que tal objetivo não pode ser alcançado de outra forma menos invasiva.

### III.4. Princípio da definição do ciclo de vida dos dados

Qualquer operação de uso de dados para o combate à COVID-19 deve ter o seu ciclo de vida pré-definido com início, meio e fim. Deverão, ainda, ser descritas as técnicas de tratamento de dados aplicadas, a descrição dos dados que serão coletados e processados, bem como os meios posteriores de descarte.

### III.5. Princípio da (pseudo)anonimização (art. 13, da LGPD)

A fim de minimizar os riscos à exposição da identidade e privacidade dos seus titulares, deve-se priorizar a aplicação de técnicas de (pseudo)anonimização, além de estabelecer medidas eficientes de segurança da informação.

Como mencionado, o art. 13 da LGPD prevê que órgãos de pesquisa, ao coletar dados para realização de estudos em saúde pública, deverão, sempre que possível, adotar a (pseudo)anonimização dos dados, que conforme define o §4º do referido dispositivo consiste na perda da possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

Valé destacar que nos termos do art. 12 da LGPD, os dados, quando seguramente anonimizados, não são considerados como dados pessoais para fins legais, exceto quando for viável a sua reversão.

### III.6. Princípio da Transparência (art. 6º, inc.VI, da LGPD).

Deve ser garantido ao titular do dado pessoal o acesso à informações claras e precisas sobre o tratamento dos seus dados disponibilizados.

O poder público e as entidades privadas devem garantir a máxima transparência aos acordos de compartilhamento de dados pessoais, mediante a publicação em seus canais oficiais das ações adotadas e dos contratos firmados, bem como divulgando à população e a quem possa interessar as estatísticas levantadas a partir do tratamento dos dados coletados.

## IV. CONCLUSÃO

O uso de ferramentas tecnológicas que operam mediante a coleta e análise de dados pessoais e de saúde da população tem sido o grande diferencial no enfrentamento da pandemia causada pelo COVID-19.

Embora estas medidas possam ser encaradas como ameaças à proteção de dados pessoais, através dos dados captados por smartphones e outros dispositivos móveis, como a localização exata do usuário, **é possível desenhar padrões de comportamento da sociedade para verificação da taxa de adoção do isolamento e distanciamento social recomendado pelas autoridades, além de rastrear a localização das pessoas infectadas e com quem estas pessoas tiveram contato.**

Em diversos países estas medidas assumiram um importante papel nas políticas de combate à propagação do vírus, auxiliando as autoridades públicas, por exemplo, no controle do isolamento social, além de viabilizar estudos de medidas estratégicas a serem tomadas em determinada localidade, a depender dos índices de infectados e do nível de adesão ao isolamento social em determinada região.

Dentre as medidas de uso de dados pessoais como instrumento de combate à propagação do novo coronavírus, destacam-se como principais o uso de geolocalização e a medição de temperatu-

ra corpórea. Alguns países, sobretudo os asiáticos, adotaram alguns mecanismos tecnológicos de coleta e tratamento de dados pessoais mais invasivos à privacidade do titular, tais como o *contact tracing*, o controle de acesso por código (QR Code), o reconhecimento facial, dentro outros.

Considerando que o tratamento de dados oferece riscos à privacidade dos seus titulares, algumas cautelas devem ser observadas a fim de minimizar efeitos colaterais que possam afetar a privacidade e a intimidade dos titulares dos dados.

Assim, há necessidade de garantir que as medidas empregadas sejam motivadas e respaldadas em evidências técnicas e científicas quanto à necessidade e eficiência do uso de tais informações para o combate ao coronavírus. Além disso, técnicas como (pseudo)anonimização devem, sempre que possível, ser observadas, como forma de garantir que direitos fundamentais, como a privacidade, não sejam violados.

Todas as medidas empregadas devem se pautar pela menor intrusão à privacidade possível. Assim, deve estar evidenciado que a coleta e o uso de determinados dados pessoais são estritamente necessários e que o objetivo não poderia ser atingido de outra forma menos invasiva.

Outrossim, a finalidade da coleta e uso de determinados dados pessoais deve estar bem delimitada, para somente se valer dos dados que são realmente necessários para atingir uma finalidade específica, evitando a utilização do dado coletado com desvio de finalidade.

As operações de uso de dados para o combate ao COVID-19 também devem ter o seu início, meio e fim previamente delimitados, inclusive com as especificações das técnicas aplicadas, dos dados que serão coletados, como serão processados e os meios posteriores de descarte.

Por sua vez, deve ser garantido ao titular do dado a máxima transparência sobre as atividades de tratamento de dados, inclusive com detalhes técnicos e finalidade bem detalhadas.

## BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 02/06/2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 959, de 29 de Abril de 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm). Acesso em 10/06/2020.
- UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 06/06/2020.
- UNIÃO EUROPEIA. **Recomendação (UE) 2020/518 da Comissão de 8 de abril de 2020**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020H0518&from=PT>. Acesso em: 06/06/2020.
- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02/06/2020.
- BRASIL. **Lei Federal n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 02/06/2020.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 02/06/2020.
- BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei Federal n.º 12.965, de 13 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 02/06/2020.

- BRASIL. Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm) . Acesso em: 05/09/2020.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. BLUM, Renato Ópice. **Comentários ao GDPR**. Revista dos Tribunais, 2018, p. 49/50.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. **LGPD comentada**. Revista dos Tribunais, 2019. p. 96 e 205.
- BRASIL. **BBC NEWS - Coronavírus: o mapa que mostra o alcance mundial da doença**. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51718755>. Acesso em 17/11/2020.
- U.S. **Johns Hopkins University & Medicine — Coronavirus Resource Center**. Disponível em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> . Acesso em 17/11/2020.
- BRASIL. **Revista Galileu - Conheça as 5 maiores pandemias da história**. Disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html> . Acesso em 20/06/2020.
- UK. **Nature**, Vol. 582, 04 June 2020, **Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps**. Disponível em <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-01578-0/d41586-020-01578-0.pdf> . Acesso em 24/06/2020.
- BRASIL. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projeccao/> . Acesso em 05/09/2020.
- BRASIL. **Nota de esclarecimento - Vigência da LGPD**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/notas/nota-de-esclarecimento-vigencia-da-lgpd> . Acesso em 05/09/2020.
- BRASIL. **STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE**. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902> . Acesso em 05/09/2020.
- PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 52/2020, de 11 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/140013521/details/maximized?serie=I&day=2020-08-11&date=2020-08-01> . Acesso em 09/09/2020.
- PORTUGAL. **STAYAWAY COVID — Perguntas Frequentes**. Disponível em: <https://covid19estamoson.gov.pt/stayaway-covid-faqs/> . Acesso em 09/09/2020.



## A BOAT TO (ABOUT) MARTHA FINEMAN: THE PLACE OF A DIALOGUE

João Carlos Loureiro <sup>(1)</sup>

It is a privilege and an honour to introduce the Project Vulnerability(ies) and Law/rights [*Vulnerabilidade(s) e Direito(s)*]. For those who are unable to understand Portuguese, part of the title may seem rather confusing and even strange. As a matter of fact, in Portuguese, the expression is *Vulnerabilidade(s) e Direito(s)*, since, as happens in other Latin languages (*Droit*; *Diritto*; *Derecho*) and others, for instance German (with *Recht*) there is only one word to refer both to law (as an objective concept) and right (as a subjective position).

We invited Professor Martha Fineman back in 2017 to take part in our Coimbra Colloquium on Vulnerabilities and Law/rights, along with other distinguished European Colleagues. Unfortunately, there was a problem over the proposed schedule: since she needed to take the ship (not a boat) to America a few days earlier. The idea of inviting her remained on and would resurface this year, as we needed to decide whether or not to cancel our annual meeting: since the conference would be held online, it might be possible to have Professor Martha Fineman with us again, as our Colleagues of Family Law, Paula Távora Vítor and Rosa Martins, pointed out. Upon her agreement to be on board, I decided to propose a reorganisation of the conference. A larger event will take place in the Spring, mainly in

Portuguese; but for this meeting it might be better if all presentations dealt directly, or indirectly, with Martha Fineman writings. All organizers promptly agreed, and the President of the Coordinator Council of the University of Coimbra Institute for Legal Research, Professor Aroso Linhares, approved of it and strongly favoured the initiative.

Our group focus is on vulnerability in a digital society, privileging health and family law issues, with some openness to error and vulnerability (*rare humanum est*) and also a new field: access to law and justice. Our research crosses paths with many issues addressed by Martha Fineman. In the academic world, despite the signals of a closing of minds — not only the American ones, to quote Allan Bloom<sup>(2)</sup> —, and a temptation to silence dissenting voices, there is also a traditional disregard for diversity (which actually is one of the key-words of Denninger's trilogy, together with «security» and «solidarity» — *Sicherheit/ Vielfalt/ Solidarität*<sup>(3)</sup>). In hypercomplex societies, one can only make progress in a spirit of dialogue and recognition, without fear of the open confrontation of ideas and arguments.

<sup>2</sup> Allan Bloom, *The closing of American mind*, New York/ London/ Toronto/ Sydney/ Tokyo: Simon & Schuster, 1986.

<sup>3</sup> E.g., Erhard Denninger, “Sicherheit/ Vielfalt/ Solidarität: Ethisierung der Verfassung?”, in Ulrich K. Preuß, *Zum Begriff der Verfassung: die Ordnung des Politischen*, Frankfurt a. M.: Fischer, 1994. In English, see Idem, “«Security, diversity, solidarity» instead of «freedom, equality, fraternity»”, *Constellations* 7 (2000/4) 507-521.

<sup>1</sup> Delivered as the welcoming speech at *Vulnerability and Law: in Dialogue with Martha Fineman*, November 10<sup>th</sup>, 2020.

The embodied human condition and its universal limits requires *the development of human beings through human beings*, to borrow a title of a German law book authored by Dieter Suhr<sup>(4)</sup>. We have to stress interdependencies and, to quote Scanlon, “what we owe to each other”<sup>(5)</sup>: this is essential to the flourishing processes of constitutive

(and not accidental) relational subjects.

In a virtual world, a ship is not needed to bring us the face and the voice of Professor Martha Fineman. Following the wisdom of T.S. Eliot, a boat remains as symbol of the intellectual travel:

“We shall not cease from exploration, and *the end* of all *our* exploring will be to arrive where we started and know the place for the first time”<sup>(6)</sup>.

---

<sup>4</sup> Dieter Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen: zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

<sup>5</sup> T.M. Scanlon, *What we owe to each other*, Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

---

<sup>6</sup> T. S. Eliot, “Little Gidding” (*Four Quartets*).