IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-423-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre "A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas". Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado "O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética", descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das "Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações", e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado "Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia", abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "O Direito à Saúde e as "escolhas trágicas" no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária". O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a "Teoria das Escolhas Trágicas" de Guido Calabresi e Philip Bobbitte a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do "ser migrante" no Estado do Rio Grande do Sul". As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do "ser migrante" de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado "A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional", com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)". Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazzi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020". Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde". O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado "Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário". O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado "O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos". Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado "O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19". O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado "A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia". Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

A CONTRIBUIÇÃO DA TELEMEDICINA NO ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO: INOVAÇÃO E PERSPECTIVAS

THE CONTRIBUTION OF TELEMEDICINE IN BRAZIL'S CURRENT CONTEXT: INNOVATION AND FUTURE PROSPECTS

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão [1]
Celio Marcos Lopes Machado [2]
Ana Clara da Cunha Peixoto Reis [3]

Resumo

A telemedicina apresenta-se como uma tendência irremediável, diante da contribuição que representa, com a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento de produtividade), diminuição das filas de espera, figurando, inclusive, como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis. A pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar a inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19, destacando que deve ser assegurada a proteção à saúde a toda população. Utiliza-se a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Telemedicina, Contribuição, Saúde, Inovação, Perspectivas

Abstract/Resumen/Résumé

Telemedicine poses as an irremediable tendency in the face of the improvements that brings, as such as the reduction in costs, the quality of services and medical consultations (increase of productivity), reduction in the length of queues and, furthermore, for providing a complement to conventional treatment., with welcomed benefits. The research will be focused on the problem analysis, aiming to discuss the technological innovation in the health field in the context of the COVID-19 pandemic, highlighting that healthcare must be provided to the whole population. This article will apply an exploratory and qualitative methodology, with data collection and bibliographic review.

---

[1] Pós-doutora em Direitos Humanos e Sociais pela Universidade de Salamanca. Doutora em Direito Público pela PUCMINAS. Mestre em Direito das relações econômico-empresariais pela UNIFRAN. Professora Universitária. Autora de obras jurídicas.

[2] Doutorando em Direito Privado pela PUCMINAS. Mestre em Administração Pública com Gestão Econômica pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais. Advogado. Economista.

[3] Pós-Graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Advogada no escritório Machado Mendes Sociedade de Advogados.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Telemedicine, Contribution, Health, Innovation, Prospects

1. INTRODUÇÃO

A saúde configura o bem mais precioso do ser humano, caracterizando um dos maiores desafios do século, onde há esforços do mundo inteiro para salvar vidas.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde-OMS, saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença.

A inovação tecnológica torna-se cada vez mais relevante em matéria de saúde, principalmente no contexto da pandemia COVID-19.

A telemedicina é a prática médica realizada por tecnologias (atendimento de maneira remota), para fins de assistência, diagnóstico, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde.

Atualmente a telemedicina está presente em hospitais, clínicas, consultórios, ambulâncias, bem como em cidades e vilarejos do interior em que falta profissionais da saúde e, ainda, no auxílio a bases humanitárias ou de guerra.

Ver-se-á que no contexto da medicina e, sobretudo, na Telemedicina, os profissionais da saúde precisam adequar-se às premissas da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) e às diretrizes traçadas pela ANS, para evitar o "vazamento" dos dados dos pacientes.

A temática em questão se justifica diante da constante busca da efetividade do Direito à Saúde, com a concretização de políticas públicas voltadas para a prevenção da doença.

Outro fator relevante na presente investigação é a *complexidade* e *transdisciplinaridade* do tema apresentado, principalmente levando-se em conta a discussão acerca dos problemas de saúde oriundos da pandemia COVID-19, inclusive a dificuldade de atendimento hospitalar, inclusive consultas.

Para a adequada compreensão do tema, a pesquisa pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar a contribuição da telemedicina no atual contexto brasileiro, suas perspectivas e inovações, bem como seu uso diante da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados).

Utilizar-se-á nessa pesquisa, a metodologia do tipo exploratória, de cunho qualitativa, com análise jurisprudencial, conjugada com revisão bibliográfica.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O termo *saúde* se origina do latim *salute*, que significa "*salvação*", conservação da vida, cura, "bem-estar" e, preservando este sentido, o conceito de saúde, segundo definição apresentada pela Organização Mundial de Saúde, "é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade". A Declaração Universal dos Direitos Humanos inclui o direito à saúde, ao preconizar, em especial, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar (art. 25). A Constituição Federal de 1988, seguindo os passos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, situa-se como marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil, consagrando, também, as garantias e direitos fundamentais e a proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira, ao asseverar os valores da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social. (GREGORI, 2010, p. 21-22).

O Direito à Saúde é um direito coletivo que será atendido por meio de políticas públicas nos três níveis da federação brasileira, União, estado e municípios, por meio do SUS.

O "direito à saúde", direito constitucionalmente consagrado, consiste num direito-dever do Estado, em prestar uma saúde digna, e eficaz a população, uma prestação que, acima de tudo deveria atingir seu escopo de atender com dignidade a todos, de forma igualitária.

Como salientado por Kildare Gonçalves de Carvalho:

> O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras. (CARVALHO, 2012, p. 1274).

Logo, ver-se-á a premente necessidade da medicina preventiva.

No contexto atual, verifica-se que a telemedicina tem um papel fundamental, principalmente considerando a visão ampliada de saúde com vistas à melhoria das condições da qualidade de vida das populações e não apenas a ausência de doenças.

Em que pese o mandamento constitucional de caráter programático, o direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades da administração pública. Mas, como falar em igualdade no sentido de dar efetividade à saúde? Principalmente, quando aqueles que estão nas filas de transplantes de órgãos são preteridos, se a decisão judicial tem que ser respeitada para atender aquele outro. (SOUSA, 2015, p. 56)

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da Constituição de 1988. Além disso, o caput do art. 196, já referido, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O embasamento constitucional à garantia do direito à saúde no Brasil, encontra-se no artigo 6º da Constituição de 1988, cujo rol elenca os chamados direitos sociais, da seguinte forma: "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição".

As garantias constitucionais à saúde estão estabelecidas nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

Segundo dispõe o art. 196 da Constituição de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Nos termos do art. 23, XII, da Constituição de 1988, compete à União, ao Distrito Federal e aos Estados legislar *concorrentemente* sobre saúde pública. Saliente-se, que o município também pode legislar sobre saúde para atender o interesse local (art. 30,II, da CF). Na ausência de normas federais e estaduais sobre saúde que atendam o interesse do município compete-lhe legislar sobre temas de sua atribuição no interesse local.

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF-88, art. 23, XII e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, parágrafo 1º); aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência *comum* à União, aos

Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.[1] (DALLARI, 1989, p. 173).

O setor de saúde no Brasil é formado por um sistema público, financiado pelo Estado por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), e por um sistema privado, denominado de saúde suplementar, cujos financiadores são as operadoras de planos de assistência médica. Desse modo, paralelamente à saúde pública, tem-se ainda, a assistência privada à saúde, também chamada de saúde suplementar, objeto de contrato de direito privado, celebrado entre as operadoras de planos de saúde e o consumidor. (SOUSA, 2015, p.109)

Se por um lado a assistência à saúde é um dever do Estado. Por outro, o Poder Público admite que as ações e serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada. É o que se depreende do art. 199, "*caput",* segundo o qual a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Nos termos do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS. Desse modo, as entidades privadas que celebram contratos de direito público ou convênio com o SUS, passam a integrar o sistema público de saúde, razão pelo qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público.

Desse modo, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura o direito à saúde. Embora o direito à saúde seja seu dever, o Estado permite à iniciativa privada a prestação de serviços de assistência à saúde complementar. A Constituição define, por um lado, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), e, por outro, que a saúde seja livre à iniciativa privada. A legislação federal define as características do SUS nas Leis nos 8.080/90 e 8.142/90. (LIMA, 2005, p. 49).

Evidencia-se assim, que a saúde complementar deve ser compreendida por meio de ações e serviços de saúde, que embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou os Municípios. Desse modo, o Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população, uma vez que o Estado não possui as condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir saúde. (SOUSA, 2015, p. 126)

No entanto, até a promulgação da Lei n. 9.656 de 28 de janeiro de 1998, que definiu as regras para funcionamento do setor de saúde suplementar, o Estado Brasileiro

não dispunha dos instrumentos necessários para a regulação dos planos privados de assistência à saúde, que já funcionavam há décadas no país.

A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e definiu a sua finalidade, estrutura, atribuições, receita, natureza e vinculação ao Ministério da Saúde. A regulação exercida pela agência possui papel fundamental no cumprimento das políticas determinadas pelo Estado e sua função legal é gerencial (técnica), de controle e fiscalização sobre os entes regulados no setor de Saúde Suplementar.

Como se pode verificar, a Constituição de 1988 trata as ações e serviços de saúde com o enfoque de bem-estar social, definindo claramente que o sistema que adotou envolve tanto a participação do setor público, quanto da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde à população. (GREGORY, 2010, p. 27).

Os movimentos sociais e entidades sindicais, desde então, têm se organizado na defesa do SUS e no resgate do projeto da reforma Sanitária.

O Sistema Único de Saúde foi criado em 1988, pela Constituição da República, porém ainda não representa o ideal desejado. Novas propostas surgiram na década de 90, dentre elas a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90, que implantou amplamente o Sistema Único de Saúde) e a regulamentação dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/98, que visou equilibrar as relações contratuais, configurando o marco legal da saúde suplementar no Brasil e disciplinou como se daria a forma do ressarcimento ao SUS).

A Lei n. 8.080/90 sedimenta as orientações constitucionais do Sistema Único de Saúde, além de sua estrutura e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais, o da universalidade.

Nos termos do art. 2º da Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

O art. 5º da Lei n. 8.080/90 reafirma o preceito constitucional de que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício".

Explicita o § 1º desse artigo que "o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso único e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Nota-se que o Sistema Único de Saúde determinou um novo arcabouço jurídico-institucional no campo das políticas públicas em saúde, com o fortalecimento à atenção básica de saúde, com a criação de uma doutrina de cuidados primários.

3. A TELEMEDICINA: O EXERCÍCIO DA MEDICINA MEDIADO POR TECNOLOGIA.

A telemedicina configura uma poderosa ferramenta na atualidade, no intuito de aproximar médico e paciente, principalmente no atual contexto de pandemia, em que há restrição de contato físico[1].

As modalidades mais comuns de telemedicina são o telediagnóstico, a teleconsulta, a telemonitoração e a teleterapia. Também poderíamos enquadrar entre as aplicações da telemedicina, de um modo geral, a teledidática (educação ou treinamento a distância) em saúde como parte dessa grande área. O termo telessaúde é reservado para nomear uma área ainda mais ampla do que a telemedicina, ou seja, o armazenamento, transmissão, disponibilização e interação de tudo que se refira à saúde e suas atividades-fim e atividades-meio[2]. (SABBATINI, 1912, p. 01)

Telemedicina, como muitas tecnologias emergentes, não tem uma definição universalmente estabelecida. Por exemplo, a Organização Mundial de Saúde define Telemedicina como: “a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde, nos casos em que a distância é um fator crítico. Tais serviços são providos por profissionais da área de saúde, usando tecnologias de informação e de comunicação para o intercâmbio de informações válidas para diagnósticos, prevenção e tratamento de doenças e a contínua educação de provedores de cuidados com a saúde, assim como para fins de pesquisa e avaliações. O objetivo primeiro é melhorar a saúde das pessoas e de suas comunidades”. (URTIGA, 2004, p. 01)

O artigo 1º da Resolução do Conselho Federal de Medicina define o conceito de telemedicina como *"o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência,*

---

[1] Para Graziella Valenti, a telemedicina é uma oportunidade de realmente transformar a saúde num direito social. (VALENTI, 2021, p. 01)

[2] O autor ainda destaca: outro conceito em voga atualmente é e-saúde (uma tradução direta do termo em inglês, e-health), e que abrange todas as aplicações de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na área da saúde, em todos seus níveis, organizações e protagonistas, integradamente através da rede; tais como registros eletrônicos de saúde, sistemas de gestão organizacional, de intercâmbio de informações, redes comunitárias de saúde, sistemas de apoio a decisão, etc. (SABBATINI, 2012, p. 2)

educação e pesquisa em Saúde". A Lei n. 13.989/20 trouxe definição semelhante no artigo 3º, expondo que telemedicina é o *"exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde"*.

Por mais que a Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o tema versasse sobre o uso de telemedicina, ele ainda não era utilizado de forma tão usual no Sistema Único de Saúde (SUS). Com a crise ocasionada pela pandemia da Covid-19 e o risco de colapso do sistema de saúde com muitos pacientes se dirigindo aos hospitais, buscou-se trazer maior celeridade e menos riscos de agravamento decorrentes da aglomeração de doentes em um mesmo ambiente, razão pela qual foi editada a Lei n. 13.989/20. (FLUMIGNAN, 2020, p. 2)

A Resolução de 2002 nasceu, portanto, antes do advento de todas as ferramentas que viabilizam a aplicação da telemedicina, atualmente. Nesta resolução, há um balanceamento entre as consequências positivas da telemedicina com os chamados "muitos problemas éticos e legais decorrentes de sua utilização". Uma das preocupações do CFM, com relação à telemedicina, seria que o médico "só pode emitir opiniões e recomendações ou tomar decisões médicas se a qualidade da informação recebida for suficiente e pertinente para o cerne da questão". (CARVALHO, 2020, p. 02)

O Ministério da Saúde em 29 de dezembro de 2014 publicou a portaria nº 2.859, onde estabeleceu o incentivo financeiro a implantação da Telessaúde estaduais e intermunicipais. Portanto, esse incentivo teve como finalidade melhorar a qualidade dos serviços da atenção básica, principalmente as Equipes de Saúde da Família, e oferecer meios de igualdade na distribuição dos serviços de saúde, especialmente as regiões mais necessitadas, onde o número de profissionais de saúde não é eficaz para atender a demanda populacional (MINISTÉRIO DA SAÚDE; 2014).

Contudo, o Ministério da Saúde tentou reduzir ao máximo a utilização da telemedicina por concluir que tal atividade configurava descumprimento ético uma vez o profissional de medicina não poderia prescrever tratamento ou outros tipos de procedimentos sem exame físico direto do paciente. Entretanto, com a pandemia da COVID-19, o contexto da telemedicina configurou mudanças com o Projeto de Lei nº 696/2020, que permitiu o uso da telemedicina em todo ambiente da área da saúde no Brasil, e a Lei nº 13.989/2020, que fala da regulamentação da telemedicina depois do término da pandemia e também passou a validar receitas digitais que possuem certificação digital (LEITE, 2020, p. 08).

O Conselho Federal de Medicina reconhece a possibilidade de atendimento médico à distância durante o combate à COVID-19.

O ofício CFM (Conselho Federal de Medicina) n. 1.756 de 2020-COJUR reconheceu "em caráter de excepcionalidade e enquanto durar a batalha de combate ao COVID-19, a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina."

A Portaria n. 467 de 20 de março de 2020 dispõe em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública, previstas no art. 3º da Lei n. 13.979 de 2020, decorrentes da pandemia COVID-19.[3]

De acordo com o art. 5º da Portaria n. 467 do Ministério da Saúde, os médicos poderão, no âmbito do atendimento da telemedicina, emitir atestados ou receitas médicas em meio eletrônico, que serão válidos em meio eletrônico, mediante: I – uso da assinatura eletrônica digital, por meio de certificados e chaves (emitidos pelo ICP-Brasil); II – uso de dados associados à assinatura do médico ou; III – identificação do médico, anexo de dados, emitida pelas partes como válida ou aceita pela pessoa a quem for oposta o documento.

A Lei n. 13.989 de 15 de abril de 2020, autoriza o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus, estabelecendo em seu art. 2º que:

> Durante a crise ocasionada pelo coronavírus, fica autorizado, em caráter emergencial, o uso da telemedicina.

Nos termos do art. 3º da lei supracitada, entende-se por telemedicina, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde. Enquanto o art. 4º, por sua vez, dispõe que o médico deverá informar ao paciente todas as limitações ao uso da telemedicina (em virtude da impossibilidade de exame físico na consulta).4

São inúmeros os desafios para a telemedicina, principalmente por causa da dificuldade de aceitação, tanto por parte dos pacientes (embora não haja necessidade de locomoção dos mesmos, sendo que alguns têm dificuldade de locomoção, destacando,

---

[3] Antes da Portaria n. 467 de 20 de março de 2020, havia a Resolução 2.227/18 (publicada em fevereiro de 2018) que aprovava a realização de teleconsultas, porém a mesma foi revogada após alguns dias para revisão.

[4] Destaque-se que todo atendimento à distância deve ser consentido pelo paciente (aconselhável o uso de termo de consentimento). Logo, os direitos dos pacientes são os mesmos que aqueles ocorrentes nas modalidades presenciais (inclusive direito a retorno).

inclusive, a diminuição de gastos com viagens), quanto por parte dos profissionais (principalmente por causa dos meios de remuneração), bem como devido aos questionamentos no que tange à segurança de dados.

Seja no Brasil ou no mundo, a telemedicina é uma área que tem rompido barreiras, eliminando distâncias geográficas e conectando especialistas a outros profissionais de saúde, administradores de unidades de saúde e pacientes. Com a assistência de recursos inteligentes e tecnologia de ponta, a Telemedicina melhora significativamente os processos utilizados na área da saúde, reduzindo seu tempo de operacionalização, custos e até riscos... A telemedicina no Brasil conta com iniciativas realizadas tanto pela rede privada quanto pela pública.[5]

Convém destacar que, a prestação de serviços de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais no atendimento presencial, inclusive a contraprestação financeira do serviço prestado, não cabendo ao Poder Público custear ou pagar por tais atividades, quando o serviço não for exclusivamente prestado pelo SUS (conforme determina o art. 5º da Lei n. 13.989 de 15 de abril de 2020).

Observa-se que o principal objetivo da avaliação à distância, nesse atual contexto de pandemia, é evitar a exposição de pacientes ao risco de infecção, oferecendo a devida assistência aos mesmos, evitando os riscos que podem ocasionar ao procurar um serviço de pronto atendimento.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) no contexto da pandemia COVID-19 aprovou dois aplicativos da Apple que visam a medição da frequência cardíaca através do *Apple Watch* (relógio com diversos recursos tecnológicos inteligentes, com softwares que auxiliam no monitoramento de dados relacionados à saúde do usuário).

A Resolução RE 1.635 da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) foi publicada no dia 25 de maio de 2020 e aprovou os dois aplicativos: um dos apps aprovados é o Recurso de Notificação de Ritmo Irregular (RNRI), que analisa dados da frequência do pulso para identificar episódios de ritmos cardíacos irregulares e mais rápidos, sugestivos de fibrilação atrial (FA). Quando identificado, o episódio é notificado ao usuário pelo *Apple Watch*. O outro recurso é o ECG, um aplicativo capaz de criar, gravar, armazenar, transferir e exibir um eletrocardiograma similar ao exame tradicional

[5] O autor sustenta, ainda, que a pandemia da COVID-19 segue afetando toda a população, e a telemedicina continua servindo como um respiro para as unidades de saúde e como um recurso para que pacientes continuem tendo acesso à medicina de excelência no contexto de isolamento social. (MORSCH, 2021, p. 01

de avaliação de batimentos cardíacos. Dessa forma, é possível identificar a ocorrência de uma arritmia como a fibrilação atrial.[6]

Por sua vez, as operadoras de plano de saúde tem inovado no intuito de atender as demandas de seus beneficiários com maior eficiência nesse contexto da pandemia COVID-19. Muitas empresas e operadoras de saúde tem oferecido serviço de telemedicina para seus funcionários e beneficiários, respectivamente.

Exemplo inovador foi o da **Unimed Grande Florianópolis** que desenvolveu um projeto revolucionário visando maior atenção com a saúde, trazendo uma novidade que são as cápsulas de pronto atendimento e telemedicina Doctor-U, que foram Instaladas em locais distintos de cidades como Florianópolis e Tijucas, destacando que a cápsula de telemedicina tem as ferramentas para promover o contato imediato com o médico. Para o beneficiário, a consulta online ocorre dentro da própria cápsula, enquanto o médico encontra-se em seu consultório, conectados via telemedicina. Caso o profissional de saúde identifique a necessidade de consulta presencial, o mesmo é providenciado.[7]

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir:

> EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. DELIBERAÇÃO CAUTELAR DO PLENÁRIO DO TCU QUE DETERMINOU AO INSS E AO MINISTÉRIO DA ECONOMIA A ELABORAÇÃO DE PROTOCOLO PARA A IMEDIATA REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS MÉDICAS COM USO DA TELEMEDICINA, CONFORME AUTORIZADO PELA LEI Nº 13.989/2020. AUSÊNCIA DE COMANDO SUSCETÍVEL DE IMPACTAR, DE MODO DIRETO E IMEDIATO, A ESFERA DOS SUBSTITUÍDOS DA IMPETRANTE OU DA CATEGORIA OU GRUPO EM QUE INSERIDOS. ASSOCIAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS QUE NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA A DEFESA DE PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS DE ÓRGÃO OU ENTE

[6] A ANVISA explicou que o ECG do *Apple Watch* não substitui o eletrocardiograma hospitalar, uma vez que tem caráter apenas informativo. Além disso, o órgão também alerta aos usuários que o recurso consegue identificar apenas a fibrilação atrial, não sendo capaz de detectar outros tipos de arritmia. (*In* **Aplicativos que medem a frequência cardíaca são aprovados pela ANVISA**. Disponível em https://pebmed.com.br/ Acesso em 29 de abril de 2021)

[7] De acordo com um dos idealizadores do projeto, Tomás Schnorr Rios, "se a pessoa apresentar sintomas de Covid-19, por exemplo, não precisa esperar o agendamento no ambulatório. O médico é acionado da cabine e já providencia o atestado médico para liberação do funcionário, bem como o pedido do teste PCR que detecta o vírus." Pondera que a ideia de projetar as cabines começou junto com a pandemia, em março do ano passado, após analisar modelos na China e nos Estados Unidos, razão pela qual a empresa desenvolveu as próprias cabines chamadas Doctor-U. Salienta que a prevenção contra contaminações é um dos grandes diferenciais da cápsula. Por meio de uma nanotecnologia antiviral da empresa paulistana Chroma-Líquido, as paredes, o banco, a porta, a tela do tablet, além de outros pontos de contato contam com a proteção de adesivos e películas que anulam a ação do novo Coronavírus e de qualquer espécie de bactéria e vírus. (Disponível em https://medicinasa.com.br/doctor-u-telemedicina/# Acesso em 28 de abril de 2021)

> PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS E CIENTÍFICOS. CONTROVÉRSIA OBJETIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA QUE NÃO SE HARMONIZA COM O RITO ESPECIAL DA IMPETRAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A associação impetrante carece de legitimidade para figurar no polo ativo do mandado de segurança coletivo, uma vez que a deliberação impugnada, restrita a comando, endereçado ao Ministério da Economia e ao Instituto Nacional do Seguro Social, de elaboração de "protocolo para a imediata realização de perícias médicas com uso da telemedicina, conforme autoriza a Lei 13.989, de 15 de abril de 2020", não tem aptidão para impactar, de modo direto e imediato, a esfera jurídica dos substituídos, quer sob a perspectiva de direitos individuais homogêneos por eles titularizados, quer sob a de direitos coletivos, em sentido estrito, do grupo ou da categoria em que inseridos. 2. Associação de agentes públicos não tem legitimidade para defender, em mandado de segurança coletivo, prerrogativa institucional titularizada por órgão ou ente público. Precedentes. 3. O receio de que a realização de perícias com uso de telemedicina, a partir de protocolo cuja elaboração foi determinada pelo Tribunal de Contas da União, possa ensejar responsabilização dos filiados da impetrante perante conselho profissional, além de consistir em mera conjectura, incompatível com a via do mandado de segurança, que demanda liquidez e certeza dos pressupostos de fato embasadores da pretensão, configura, de todo modo, hipótese implausível, mormente quando se tem em conta que a vedação estatuída no art. 92 do Código de Ética Médica (Resolução/CFM nº 1.931/2009) está voltada a período de normalidade, em absoluto abarcando a excepcionalidade da crise ocasionada pela pandemia de coronavírus (SARS-CoV-2), cuja disciplina, específica, está na Lei nº 13.989/2020, cronologicamente posterior ao referido Código de Ética e à Lei nº 13.846/2019, esta última a incluir o § 12 no art. 30 da Lei nº 11.907/2009. 4. Inviável, em mandado de segurança, remédio cujo rito não se harmoniza com a necessidade de dilação probatória, dirimir controvérsia objetiva a respeito da observância de critérios técnicos e científicos pela autoridade impetrada. Precedentes. 5. Agravo interno conhecido e não provido. (MS 37465 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 22/03/2021. Publicação: 24/03/2021. Órgão julgador: Primeira Turma)

De acordo com o entendimento da Relatora Ministra Rosa Weber, a "excepcionalidade " da atual crise provocada pela pandemia COVID-19 justifica a mudança, para se acatar o uso da telemedicina no INSS.

Cumpre ressaltar, que a permissão do uso da telemedicina (para concessão de auxílio doença do INSS) somente foi possível devido à pandemia e só será válida enquanto durar o período de calamidade pública.

4. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS LGPD E O USO DA TELEMEDICINA

O médico deve garantir a segurança de dados dos seus pacientes, tanto em seu consultório quanto no ambiente virtual.

Não se discute que a proteção de dados já existia no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, contudo, a matéria, outrora espalhada pela legislação esparsa, clamava por um regramento próprio, não só no âmbito interno, mas para acompanhar o movimento internacional que se instaurou após a edição, pela União Européia (UE), da *General Data Protection Regulation* 2016/679 ("GDPR"), traduzida para o português como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

O Brasil, reconhecendo a relevância que a proteção de dados representava não só para as empresas e cidadãos brasileiros, mas para a própria economia, com a finalidade de ingressar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), atendeu o pré-requisitos de uma legislação em plena vigência que trate da matéria.

Após verdadeira odisseia, agravada pela superveniência da pandemia, no dia 18 de setembro de 2020, finalmente, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018 ("LGPD").

O movimento rumo à regulamentação da proteção de dados deu-se com a finalidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, no que tange à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, sobretudo a privacidade, liberdade, a intimidade e o livre desenvolvimento da personalidade, de pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, não se limitando ao tratamento de dados divulgados no meio digital, mas abrangendo todas as formas de veiculação da informação, a partir de normas gerais de interesse nacional, cuja obrigatoriedade de observância não se restringe às relações jurídicas entre particulares, mas sua aplicação vincula a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em conformidade com o disposto no art. 1º[8], da referida lei.

[8] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Na lei brasileira de proteção de dados, parte-se da ideia de que não existe dado pessoal insignificante. Por essa razão se adotou conceito amplo de dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Dados que pareçam não relevantes em determinado momento ou que não façam referência a alguém diretamente, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados podem resultar em dados bastante específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações inclusive de caráter sensível sobre ela. Diante do cuidado com o tema, foi estabelecido como regra geral (art. 1º) que qualquer pessoa que trata dados, seja ela natural ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive na atividade realizada nos meios digitais, deverá ter uma base legal para fundamentar sua atividade. (TEPEDINO, Gustavo, 2019, p.294/295).

> Perceba-se que a LGPD resguarda os dados das pessoas físicas, protegendo os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. E, nesse contexto, dedicou especial atenção à proteção dos dados pessoais sensíveis, dentre os quais incluiu aqueles relacionados à saúde, conforme conceito trazido no art. 5º, inciso II, da LGPD:
> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> (..)
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Tem-se que o art. 11, da LGPD estabelece que as hipóteses em que poderá ocorrer o tratamento dos dados pessoais sensíveis:

> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
> I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;
> II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
> a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
> b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
> c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
> d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
> e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

> f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
> g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Pondera-se que o tratamento dos dados sensíveis prescinde de maiores cautelas, com especial atenção aos princípios e direitos dos titulares, sobretudo diante do fato de que eventual incidente de segurança pode trazer consequências gravosas ao seu titular, sendo sobremaneira importante observar a principal base legal no seu tratamento: o consentimento.

Acerca da importância do consentimento no tratamento de dados sensíveis, lecionam Márcio Cots e Ricardo Oliveira:

> A primeira base legal de tratamento é o consentimento de tratamento é o consentimento, que deverá ser concedido diferentemente do consentimento tratado no artigo 8º, pois a LGPD estabeleceu que ele deverá ser realizado de forma específica e destacada. (COTS; OLIVEIRA, 2019, p.109)

De forma geral, a LGPD define que haja transparência entre médico e paciente em relação ao manejo desses dados, incluindo informações sobre compartilhamento, registro e acesso a esse material. Além disso, recomenda-se aos médicos a utilização de aplicativos com certificações de segurança. (VILARINÕ, 2021, p.01)

Os médicos, assim como outros profissionais da área da saúde, no exercício de sua atividade e nos limites da relação com o paciente, estarão durante todo o tempo em contato com dados pessoais de alto risco e criticidade, os dados sensíveis relativos à saúde e, ainda que a LGPD não esteja em plena vigência, em atendimento ao Princípio da Legalidade é fundamental que o médico (e demais atores do setor) conheçam o ecossistema legal da proteção de dados pessoais, arcabouço legal de trânsito livre com a Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet, dentre outras normas setoriais. (SOUZA, 2021, p. 02)

Destaca-se, então, a importante do consentimento do titular, a ser dado via Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (“TCLE”) do paciente, para a realização do atendimento médico via Telemedicina, devendo o tratamento ser realizado em ambiente

virtual seguro, criptografado, de modo a assegurar o sigilo das informações trocadas entre médico e paciente. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS definiu como padrão de troca de informações a Troca de Informação em Saúde Suplementar conhecido como Padrão TISS, que visa a comunicação transparente, a_segurança, privacidade e confidencialidade dos dados sensíveis relacionados ao paciente.

Portanto, inconteste que, no contexto da medicina e, sobretudo, na Telemedicina, os profissionais da saúde precisam adequar-se às premissas da LGPD e às diretrizes traçadas pela ANS, a fim de que não haja o "vazamento" dos dados dos pacientes, estes, repise-se classificados como dados sensíveis.

5. CONCLUSÃO

A saúde configura um dos maiores desafios da atualidade, principalmente levando-se em conta o contexto da pandemia COVID-19 enfrentado pela humanidade, dia após dia, trazendo novas formas de se viver e novos aprendizados.

O direito à saúde enquanto direito fundamental, visa efetivar a dignidade da pessoa e representa a consequência constitucional indissociável do direito à vida.

A tecnologia deve ser utilizada em favor do ser humano, seja para melhorar sua qualidade de vida, seja para salvar vida.

Todavia, a falta de familiaridade com os meios digitais, impossibilidade de realização de certos exames físicos e falta de ética de maus profissionais, dificultam o uso da telemedicina.

A telemedicina quebra fronteiras, derruba barreiras físicas, aproxima médicos e pacientes, sem necessidade de locomoção, configurando um ato médico que precisa ser feito de forma eficiente, cautelosa e responsável.

A telemedicina é uma prática impulsionada pela pandemia COVID-19, que aos poucos vai se aperfeiçoando, caracterizando uma tendência que deve crescer muito futuramente, independentemente do contexto da pandemia, com a consequente redução dos custos e melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento de produtividade), sem as longas filas de espera, podendo ser inclusive, um complemento para a consulta tradicional, o que configuram benefícios desejáveis.

Decerto, a ampliação da Telemedicina veio impor aos profissionais da área médica a adequação aos preceitos da LGPD, estendendo-lhe o dever de confidencialidade, a fim

de garantir a integridade, segurança e sigilo das informações dos pacientes, colhendo-lhes o consentimento para o seu tratamento (TCLE) e valendo-se de plataformas digitais e orientações expedidas pela ANS.

A tendência é a ocorrência de cuidados médicos de forma híbrida, juntando o atendimento presencial com o não presencial.

Embora a telemedicina tenha evoluído gradativamente no Brasil, verificou-se que ainda há um longo caminho a percorrer, em busca constante de melhoria da qualidade de saúde, principalmente se comparado com outros países do mundo.

Contudo, pode-se afirmar que a telemedicina configura um nova tendência para salvar vidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Portaria MS 467/2020. http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996

BRASIL. Decreto nº 7.616/2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7616.htm

BRASIL. Lei n. 13.989 de 15.04.2020. http://www.planalto.gov.br

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência: Direitos Humanos,** Brasília: STF, 2017.

BRASIL **Aplicativos que medem a frequência cardíaca são aprovados pela ANVISA**. Disponível em https://pebmed.com.br/ Acesso em 29 de abril de 2021.

BRITO, Bruno de Oliveira; LEITÃO, Luciana Pereira Colares. Telemedicina no Brasil: uma estratégia possível para o cuidado da saúde em tempos de pandemia? **Revista Saúde em Redes.** V. 6. Marabá, 2020.

CABRAL, Felipe Cezar, **Telemedicina na prática: principais barreiras e facilitadores**. Disponível em www.hospitalmoinhos.org.br Acesso em 12 set. 2021.

CAETANO, Rosângela et al. Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos de pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre espaços e iniciativas no contexto brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública** n. 5. Rio de Janeiro: maio 2020.

CARVALHO, Luiz Felipe Conde e Abner Brandão. **A responsabilidade civil do médico no uso da telemedicina.** Disponível em www.jurishealth.com .br Acesso em 12 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés, A concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *In* **Revista de Direito Sociais e Política Públicas,** v. 5. n. 2, Belém, jul-dez. 2019, p. 23-42.

COTS, Marcio, OLIVEIRA, RICARDO, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**, 3. ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Telemedicina vai mudar a maneira de pensar saúde no Brasil**. Disponível em www.conjur.com Publicado em 05 maio 2020. Acesso em 10 set. 2021.

FRAZÃO, Ana, TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEITE, Sílvia Cristina Marreiros de Carvalho et. A relação médico-paciente frente à telemedicina. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**. V. 13. São Paulo. Fev. 2021.

LUCHESE, Patrícia**. Introdução: Políticas Públicas em Saúde,** Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br.htm> Acesso em 18 jan. 2020.

MALDONADO, José Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antônio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Caderno de Saúde Pública.** Rio de Janeiro, n. 32, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

MORSCH, José Adair. **O que é a telemedicina, como funciona e para que serve**. Disponível em https://telemedicinamorsch.com.br/ Acesso em 28 de abril de 2021.

SABBATINI, Renato M. E. A telemedicina no Brasil: evolução e perspectivas. In: **Informática em Saúde**, São Bernardo do Campo: Yendis, 2012. Disponível em https://www.renato.sabbatini.com/ Acesso em 11 set. 2021.

SOUSA, Simone Letícia Severo e, **Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde**. Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

SOUZA, Maria Luciana Pereira de. **Proteção de dados pessoais e telemedicina, uma conversa vital**. Publicado em 07 jan. 2021. Disponível em www.oabrj.org.br Acesso em 10 set 2021.

URTIGA, Keylla Sá; LOUSADA, Luiz A. C.; COSTA, Carmen Lúcia B. **Telemedicina: uma visão geral do estado da arte**. Jan. 2004. Disponível em http://telemedicina.unifesp.br/ Acesso em 10 set 2021.

VALENTI, Graziella. **Telemedicina é oportunidade real de transformar saúde em direito social.** Disponível em www. https://exame.com/exame Publicado em 30 ago. 2021 Acesso em 12 set. 2021.

VILARINÕ, Matheus. **Desafios e horizontes da telemedicina.** https://www.universodoc.com.br/ Publicado em 28 jul. 2021. Acesso em 12 set. 2021.