XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

BIODIREITO

LIZIANE PAIXAO SILVA OLIVEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Liziane Paixão Silva Oliveira, Simone Letícia Severo e Sousa. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-030-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

BIODIREITO

Apresentação

(O texto de apresentação deste GT será disponibilizado em breve)

RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE POR DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PACIENTES SEM O DEVIDO CONSENTIMENTO NAS REDES SOCIAIS ON LINE

LIABILITY ASSUMED OF HEALTH PROFESSIONALS IN PATIENTS WITHOUT IMAGES RELEASE BECAUSE CONSENT IN NETWORKS ON LINE

Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira

Resumo

O presente trabalho se justifica diante do constante desrespeito aos pacientes por parte dos profissionais da saúde, mediante a divulgação de suas imagens nas redes sociais. Os objetivos traçados foram o de examinar do instituto da responsabilidade civil, analisar o direito à imagem com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, identificar dos meios de divulgação de imagens nas redes sociais on line e, por fim, discutir a adoção da teoria da responsabilidade pressuposta em casos de desrespeito do direito à imagem por profissionais da saúde. A metodologia empregada utilizou o método investigativo e descritivo. Quanto aos métodos de procedimento, utilizou-se o histórico, o comparativo e o exegético-jurídico. A técnica de pesquisa utilizada foi à documentação indireta. Ao final, constou-se a possibilidade de utilização da teoria da responsabilidade pressuposta como forma de assegurar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana em casos de divulgação de imagens de pacientes pelos profissionais da saúde.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; profissionais da saúde; direito à imagem; redes sociais.

Abstract/Resumen/Résumé

This work was justified by the constant disrespect to patients by health professionals, by publishing your photographs on social networks. The objectives were to examine the liability of the Institute, analyze the image rights with the core principle of human dignity, identify the means of dissemination of images in social networks online and, finally, discuss the adoption of the theory assumed the responsibility in cases of disregard for the right to the image by health professionals. The methodology used investigative and descriptive method. The methods of procedure, we used the historical, comparative and the exegetical and legal. The research technique used was the indirect documentation. In the end, consisted the possibility of use of the alleged responsibility of the theory in order to ensure respect for the principle of human dignity in cases of dissemination of images of patients by health professionals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability; health professionals; image rights; social networks.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano não está preparado para vivenciar qualquer moléstia ou enfermidade, sendo a saúde é um direito de todos, assegurado inclusive em nosso Diploma Constitucional. Entretanto, ao se deparar com tais situações, o indivíduo necessita de garantias que o coloquem em situação de paridade jurídica.

Atualmente, observa-se uma frequente violação dos direitos dos pacientes, demonstrando claramente a desvalorização dos mesmos com seres humanos revestidos de dignidade. Neste ínterim, faz-se necessário uma maior reflexão sobre esses acontecimentos, principalmente no que se refere à divulgação de imagens de pacientes por profissionais da saúde através de redes sociais *on line*.

Utilizando vídeos, blogs e sites de redes sociais, as pessoas do mundo inteiro se conectam, possibilitando o compartilhamento de informações de forma rápida e num alcance quase que indeterminado. Quando essas informações são divulgadas ilicitamente, causando prejuízo ao direito à imagem, bem juridicamente protegido, o direito atua através da responsabilização dos agentes envolvidos.

O problema nuclear que conduzirá esta pesquisa está fincado, portanto, no estudo acerca do tipo de responsabilidade que incorre os profissionais da saúde ao divulgarem imagens de seus pacientes sem a devida autorização: responsabilidade pressuposta?

O presente artigo possui como objetivos o exame do instituto da responsabilidade civil, o estudo do direito à imagem com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, a identificação dos meios de divulgação de imagens nas redes sociais *on line* e a análise da adoção da teoria da responsabilidade pressuposta em casos de desrespeito do direito à imagem por profissionais da saúde.

A metodologia empregada utilizou o método investigativo e descritivo. Quanto aos métodos de procedimento, utilizou-se o histórico, o comparativo e o exegético-jurídico. A técnica de pesquisa utilizada foi à documentação indireta.

Este artigo se dividirá em três tópicos. No primeiro tópico, será desenvolvido um estudo acerca do instituto da responsabilidade, enfocando seus aspectos históricos e classificação.

No segundo tópico, haverá uma análise dos direitos da personalidade, inclusos no rol dos direitos fundamentais, focando o estudo no direito à imagem. Além do que, será feita, mesmo que de forma perfunctória, um estudo sobre as formas de divulgação de imagens nas redes sociais.

No terceiro e último tópico, haverá uma abordagem acerca da responsabilidade ética e jurídica dos profissionais da saúde na divulgação de imagens de seus pacientes, via redes sociais. Para tanto, será feita uma abordagem acerca da adoção da teoria da responsabilidade pressuposta.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A palavra "responsabilidade" origina-se do latim *re-spondere*, que traz o significado de recomposição, de obrigação de restituir. Consiste, portanto, na reação provocada pela infração a um dever preexistente, gerando a obrigação de reparação, que possui a função punitiva, socioeducativa e a tentativa de que as coisas retornem ao *status quo ante*.

Neste sentido, GAGLIANO (2008, pág. 3) afirma que:

> Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada - um dever jurídico – de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

O surgimento da responsabilidade remonta as comunidades primitivas, tendo seus conceitos sido modificados ao longo da história. Não obstante, o direito moderno ainda utiliza a mesma denominação.

Em sua evolução histórica, a Lei de Talião representa o florecer do instituto da responsabilidade, pois estabelece o dever de reparação do dano sofrido, através da máxima "olho por olho, dente por dente". Representa, assim, o direito de reagir à injustiça sofrida.

O antigo direito romano também já trazia em seu bojo normas acerca do dever de reparação do dano sofrido. Neste diapasão, preceitua GARCEZ NETO (2000, pág. 25):

> Esse caráter aleatório e brutal não é, porém, típico e exclusivo das sociedades primitivas, pois o antigo direito romano não o desconheceu: o devedor era uma simples coisa do credor, que podia massacrá-lo, encerrá-lo em prisão doméstica, impor-lhe cadeias, transformá-lo em escravo e vende-lo "*Trabs Tiberim*", e um preceito da "Lei da XII Táboas", no caso de concurso de credores, permitia que os despojos mortais do devedor fossem partilhados entre os postulantes.

O direito romano, em sua fase republicana, trouxe ainda a "*Lex Aquilia de dammu*", que fixou a existência de culpa para que se viabilizasse a reparação do dano causado. Foi um marco para o desenvolvimento da responsabilidade, trazendo novas categorias de fatos danosos. A Lei Aquilia possuía quatro pontos a serem analisados: a) o dano, que deveria ser causado em uma parte da fortuna; b) a exigência de que o dano deveria ser causado por um corpo sobre outro corpo "*corpore corpori datum*"; c) a ausência do direito do elemento que correspondia à palavra injúria, que se encontra nas fontes e que é tomada na sua acepção etimológica e significa atuar "*nulo iure*", isto é, sem direito, porque nesta hipótese não importa que o dano seja causado com ou sem interesse de prejudicar; d) a necessidade de que o dano deveria ser causado ao dono da coisa danificada.

Com o desenvolvimento do direito e da sociedade ao longo da história, a Escola de Direito Natural estabeleceu a retirada do caráter penal a "*Lex Aquilia*". Essa evolução consistia no sentido de se estabelecer uma diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Assim, na responsabilidade penal o agente infringe uma norma de direito público, lesionando a sociedade, enquanto que na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é o privado.

O período das codificações concretizou inúmeros avanços ao instituto da responsabilidade civil, cortando laços em definitivo com o direito romano. Exemplos disso são os artigos 1.382 e 1.383 do Código Napoleônico, que assegurava a amplitude do conceito de responsabilidade civil através da célebre expressão "todo fato de qualquer homem". Assim, a distinção entre reparação e pena se tornou mais clara.

Enquanto a reparação penal, organizada pelo Estado no interesse social, tem por finalidade a punição de atos repreensíveis mediante a aplicação de uma pena, a responsabilidade civil, organizada nos interesses dos particulares, vítimas de um dano, tem como finalidade a reparação do prejuízo em favor da pessoa ofendida.

Não só as legislações modernas dos países de direito codificado consagram dessa distinção. A própria *Commom Law* faz a distinção entre *Torts* e *Crimins*.

O direito brasileiro seguiu as tendências doutrinárias do direito alemão, onde a teoria da culpa era fundamental na definição de responsabilidade civil, sendo ela tratada como obrigação de reparar o dano imposto a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem (art. 159 do Código Civil de 1916).

O Código Civil de 2002 trouxe avanços no sentido de deixar de enaltecer o patrimônio e os contratos e valorizar a dignidade da pessoa humana e seus aspectos mais relevantes. Assim,

o novo *Code* se molda num pensamento pós-moderno de aperfeiçoamento da convivência intersocial a dignificar a pessoa. E como não poderia ser diferente, passou a tratar especificamente da responsabilidade objetiva de forma geral no art. 927, parágrafo único, sem prejuízo de outros comandos legais que também trazem a responsabilidade sem culpa.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 assegura:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
> Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para MARIA HELENA DINIZ (2013, pág. 84), a responsabilidade civil pode ser definida como:

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

E acrescenta ainda que não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão (DINIZ, 2013, pág. 85).

O instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo uma melhor compreensão da proteção do direito individual, coletivo e difuso (LISBOA,2012, pág. 264).

Nesse sentido, podemos afirmar a dupla função da responsabilidade civil. A primeira como garantia do direito do lesado, que decorre da necessidade de segurança jurídica que a vítima possui para o ressarcimento dos danos por ela sofridos. A segunda como sanção civil, que decorre da ofensa à norma jurídica imputável ao agente causador, e importa em compensação em favor da vítima lesada.

É de notório conhecimento, em âmbito doutrinário, que não há uma unanimidade quanto aos elementos que estruturam a responsabilidade civil. SILVIO DE SALVO VENOSA (2003, pág. 13) enumera quatro pressupostos para que configure o dever de indenizar: "ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa." Já MARIA HELENA DINIZ (2013, pág. 43) entende que são "três os pressupostos: ação ou omissão do agente, relação de causalidade e o dano". SÍLVIO RODRIGUES (2002, pág. 16) apresenta como "pressupostos da responsabilidade civil: culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano".

A responsabilidade civil passou por profundas transformações, saindo de uma justiça retributiva para uma justiça distributiva. Assim, a responsabilidade civil admite várias classificações.

Quanto à origem, a responsabilidade pode ser contratual, quando há violação de obrigação prevista em contrato, ou extracontratual ou aquiliana, quando há violação direta da norma jurídica. Os arts. 389 e 395 do Código Civil trazem aspectos da responsabilidade contratual. Senão vejamos:

> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
>
> Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Quanto à culpa, a responsabilidade pode ser subjetiva, subjetiva com presunção de culpa e responsabilidade sem culpa (objetiva). Na primeira modalidade a responsabilidade é decorrência de um ato doloso ou culposo. Enquanto que, na segunda modalidade, a presunção da culpa depende de que haja lei que expressamente a estabeleça, e nestes casos cabe ao imputado à demonstração de que não agiu culposa ou dolosamente. Já na terceira modalidade, o dolo e a culpa não possuem relevância jurídica, sendo necessária apenas a configuração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável.

Quanto à causa, a responsabilidade pode ser direta ou indireta. A primeira é aquela proveniente de conduta cometida pelo próprio sujeito sobre o qual recai a imputabilidade. A segunda é aquela proveniente de conduta cometida por terceiro ou de coisa relacionada com o sujeito sobre o qual recai a imputabilidade.

Quanto ao perigo, a responsabilidade pode ser por atividade perigosa ou por atividade não perigosa. Na primeira modalidade, os prejuízos extrapatrimoniais ou patrimoniais em desfavor da vítima ou de seu patrimônio independem da existência de culpa do agente. Enquanto que na segunda modalidade há necessidade de apuração ou presunção de culpa do agente (LISBOA, 2012, pág. 285).

Quanto à causa do perigo, a responsabilidade pode ser pura ou impura. Na responsabilidade pura o ato danoso é praticado pelo próprio agente responsável, enquanto que na responsabilidade impura o ato danoso é praticado por terceiro cujo responsável é aquele que mantém a atividade.

Por fim, deve-se registrar uma nova dimensão na classificação da responsabilidade: a responsabilidade pressuposta. Trata-se de uma evolução no conceito de responsabilidade, trazido pela Prof. Dra. GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA em tese de livre docência. Senão vejamos:

> Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as transformações teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da mantença do justo (HIRONAKA, 2005, pág. 2).

É certo que o instituto da responsabilidade possui uma mutação constante, seguindo as transformações da própria sociedade e se adequando no sentido de atender, o mais rápido possível, às vítimas de danos e o dever de indenizá-las.

Assim, a responsabilidade pressuposta atende, de forma específica, a casos antes não ressarcíveis, novas situações existenciais de danos, independentemente da culpa. Aqui, busca-se primeiro reparar a vítima, para depois buscar de quem foi à culpa ou quem assumiu o risco.

Assim, o instituto da culpa não mais se mostra plausível para a melhor solução de casos em que há o evento danoso, de certo que, entende-se que a preocupação da responsabilidade civil deve deixar de recair sobre o autor do dano, para recair sobre a vítima, de modo que a responsabilização daquele se mostre como bastante para inibição da eventual prática de outro dano.

Essa nova perspectiva acerca da responsabilidade civil está em conformidade com o que dispõe o inciso I do art. 3º da Constituição Federal, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, o dever de indenizar deve ser fruto de uma construção jurídica, doutrinária e jurisprudencial baseada na própria condição do ser humano que, como tal, é essencialmente solidário e possui uma dignidade que lhe é inerente de tal modo que justifica a noção absoluta de não indenização, e porque não, uma indenização que de tal modo impeça novos abusos por quem ocasiona ou ocasionou o dano.

A teoria defendida por Hironaka tem fundamento no *Mise En Danger,* teoria desenvolvida por Geneviève Schamps, importante jurista Belga, em sua obra "*La Mise Em Danger: um concep fonateur d' un príncipe general de responsabilité*", que busca a verificação da existência, ou não, de um padrão de caracterização de determinadas situações que expõem as pessoas a determinado risco, desnudando e fragilizando as vertentes de exclusão de responsabilidades e buscando apresentar, isso sim, os responsáveis pela ocorrência de danos absolutamente ressarcíveis.

Neste sentido, os avanços tecnológicos trazem situações de perigo para terceiros, em razão de sua natureza ou da natureza dos meios adotados, fortalecendo para a vítima exposta a este perigo o direito de se obter uma indenização.

Nesse mesmo diapasão, Anderson Schreiber (2007, pag. 48) fala da erosão da culpa como filtro da reparação, trazendo o *ocaso da culpa*:

> A perda dessa força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corrói-se o primeiro dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que atenções se voltem - como, efetivamente, têm se voltado – para o segundo obstáculo à reparação, qual seja a demonstração do nexo de causalidade.

A responsabilidade pressuposta configura-se como uma inovação na evolução histórica do instituto da responsabilidade, trazendo novos horizontes às situações sem respostas satisfatórias pelo Judiciário.

3 DIREITO FUNDAMENTAL Á IMAGEM

Uma das maiores conquistas jurídicas do século XX foi, sem dúvida, a concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Tais direitos nasceram com a queda do absolutismo e a criação do Estado moderno, servindo de base para o constitucionalismo. Porém, os direitos fundamentais também foram objeto de proteção em tempos remotos.

Em Roma, observou-se a lei de Valério Publícola, proibindo penas corporais contra cidadãos, e o *interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus.*). Na idade média, detectaram-se os pactos, as cartas de franquia e forais, outorgados em geral pelo monarca para proteger direitos individuais de certa casta ou grupo de pessoas (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012, pág. 194).

Mas foi com a proclamação solene das declarações de direitos que os direitos fundamentais começaram a se apresentar de forma objetiva e contundente. Dentre as mais importantes, temos a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), dentre outros.

No direito brasileiro, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que consagrou os direitos fundamentais, garantindo proteção constitucional em seu art. 60, §4º, IV[1]. Dentre esses direitos, podemos destacar os direitos da personalidade, seguindo a nova tendência de constitucionalização do direito civil.

Os direitos da personalidade são direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano, fruto das conquistas jurídico-políticas da segunda metade do século XX e da primeira década do século XIX. Entretanto, os direitos da personalidade são constantemente surpreendidos com novas situações jurídicas ainda sem correspondência legislativa. Dentre esses avanços, pode-se destacar o campo das pesquisas em biociência e biotecnologia.

[1] De acordo com este dispositivo não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Segundo Borges (2002, pág. 148) “a exigência social de uma resposta por parte do Direito a estes novos problemas, para alguns, significa a exigência de um biodireito, um possível novo ramo, que envolve a análise jurídica de diversos dilemas bioéticos”. Alguns pontos destes novos problemas têm tratamento no Código Civil de 2002.

A bioética consiste num estudo sistemático da conduta humana nas ciências da vida e da saúde, examinada a partir de valores e princípios morais. Dentre os campos da bioética, podemos identificar a bioética deontológica, que se volta para os códigos éticos de deveres profissionais. É nesse ambiente que iremos focar o nosso estudo.

No Brasil, o fundamento normativo da contemporânea teoria dos direitos da personalidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal. A esfera da dignidade humana, merecedora de proteção jurídica, amplia-se cada vez mais com a evolução histórica dos direitos humanos, impondo-se a tutela integral do ser humano por meio da tutela de todos aqueles interesses que lhe são essenciais BORGES (2012, pág. 152).

Neste sentido, MICHAEL KLOEPPER (2013, pág. 150) afirma:

> Pautado no direito à vida, a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais fortemente impregnado de visão ideológica e política. Por isso, o preceito da dignidade da pessoa humana causa especiais dificuldades que resulta não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana, como também da dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade.

Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito a integridade física, psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito à identidade, dentre outros.

Dentre os direitos da personalidade, destaca-se neste trabalho o direito à imagem.

O direito à imagem, segundo Luiz Alberto e Vidal Serrano (2007, pag. 155), pode se dividir em dois tipos: 1) imagem-atributo; 2) imagem-retrato. A imagem-atributo está relacionada com a honra das pessoas, enquanto a imagem-retrato está ligada a imagem propriamente dita, traduzida num retrato reproduzido ou exposto sem o prévio consentimento. A violação desse direito possibilita a concessão de indenização por danos materiais e morais.

O direito à imagem, como direito da personalidade, nasce com a pessoa humana e a acompanham até o fim de sua vida. Não se pode, nem mesmo o seu titular, despojar-se de tal direito, que é considerado personalíssimo e indisponível.

Dessa forma, e estando associado à dignidade humana, o direito à imagem é inalienável, não sendo sua titularidade objeto de negociação mercantil e de renúncia expressa ou tácita. Ademais o não exercício de tal direito por determinado tempo não induz prescrição.

Nesse sentido, Schreiber (2009, pág. 173) afirma que "embora se negue à dignidade humana, no mais das vezes, uma supremacia formal em relação às demais normas constitucionais, a ela se atribui uma espécie de superioridade material ou axiológica".

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à imagem nos seguintes dispositivos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> ...
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> ...
>
> X - 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;
>
> ...
>
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

Da mesma forma, o Código Civil de 2002 trouxe em seu bojo um arcabouço de normas jurídicas que preservam a intimidade e o direito à imagem, senão vejamos:

> 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. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
> Art. 21. 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.

No presente trabalho, o meio de ofensa do direito à imagem são as redes sociais *on line*, que se propagam na vigência do mundo moderno e suas novas tecnologias. Assim, podemos definir a rede social como uma estrutura social composta por pessoas ou organizações conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns.

Uma das fundamentais características na definição das redes é a sua abertura e porosidade, possibilitando relacionamentos horizontais e não hierárquicos entre os participantes. As Redes não são, portanto, apenas uma outra forma de estrutura, mas quase uma não estrutura, no sentido de que parte de sua força está na habilidade de se fazer e desfazer rapidamente (FÁBIO DUARTE, 2008, pág. 156).

As redes sociais online podem operar em diferentes níveis, como, por exemplo, redes de relacionamentos (Facebook, Twitter, Instagram, Google+, MySpace, Badoo), redes profissionais (Linkedin), redes comunitárias (redes sociais em bairros ou cidades), redes políticas, dentre outras.

As redes sociais tem adquirido importância crescente na sociedade moderna. São caracterizadas primariamente pela auto geração de seu desenho, pela sua horizontalidade e sua descentralização.

Um ponto em comum dentre os diversos tipos de rede social é o compartilhamento de informações, conhecimentos, interesses e esforços em busca de objetivos comuns. A intensificação da formação das redes sociais, nesse sentido, reflete um processo de fortalecimento da Sociedade Civil, em um contexto de maior participação democrática e mobilização social. Neste sentido, RECUERO (2009, pág. 24) afirma:

> O advento da Internet trouxe diversas mudanças para a sociedade. Entre essas mudanças, temos algumas fundamentais. A mais significativa, para este trabalho, é a possibilidade de expressão e sociabilização através das ferramentas de comunicação mediada pelo computador (CMC). Essas ferramentas proporcionaram, assim, que atores pudessem construir-se, interagir e comunicar com outros atores, deixando, na rede de computadores, rastros que permitem o reconhecimento dos padrões de suas conexões e a visualização de suas redes sociais através desses rastros.

Diariamente, os indivíduos expõem suas imagens através de redes sociais. Na maioria dos casos, é a própria pessoa que acessa o meio digital para inserir sua imagem ou informações. O problema ocorre quando esse compartilhamento acaba por atingir direitos de terceiros. Neste caso, as redes sociais *on line* funcionam como meio propagador de ilícitos digitais.

4 RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE POR IMAGENS DE PACIENTES DIVULGADAS NAS REDES SOCIAIS

Até pouco tempo os danos ocasionados pela falta ou pelo mau atendimento eram considerados como consequência de dificuldades dos próprios serviços ou do empenho do profissional, quem sabe algo inevitável. Essas condutas eram, de certa forma, banalizadas e os prejudicados sequer sabiam que poderiam buscar uma reparação pelo dano causado. Contudo, hoje as pessoas começam a buscar os seus direitos e recorrem à justiça, principalmente nos países de primeiro mundo, onde se vê como resposta a febre das seguradoras amparando os profissionais antecipadamente, caso tenham que indenizar algum cliente devido a possíveis futuros danos. Isso vem acontecendo também no Brasil.

Não obstante, ouve-se falar de erro médico e ações que responsabilizam civil e penalmente esse profissional. Muitas ações também têm sido movidas contra enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, nesse sentido. Tais questões não são apenas resolvidas

no âmbito dos conselhos profissionais, elas podem extrapolar para a justiça e, nesse caso, no âmbito civil, com pedido de ressarcimento por danos morais e/ou materiais.

Quando se fala em responsabilidade dos profissionais da saúde está relacionando a responsabilidade ao exercício de uma atividade profissional, aferindo-se a responsabilidade civil contratual. Nesses casos, a responsabilidade será, numa primeira análise, subjetiva. Sendo necessária a demonstração de culpa.

É necessário observar que a atividade médica constitui atividade meio, onde o profissional se compromete a utilizar todas as técnicas e conhecimentos científicos, sem garantir o resultado almejado.

O Código de Defesa do Consumidor consagra a responsabilidade objetiva e solidária dos prestadores e fornecedores, com exceção da pessoa natural que age como profissional liberal nesta relação, no caso de um fato do serviço, e que tem a responsabilidade subjetiva conforme regra prevista no art. 14, § 4º do citado diploma legal, nos quais se encontram os mencionados agentes da atividade médica. Senão vejamos:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> § 4 **A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (grifo nosso)**.

Segundo Tartuce (2012, pág. 484), o legislador fez a opção de responsabilização mediante culpa do profissional liberal (responsabilidade subjetiva), particularmente para proteger pessoas que na maioria das vezes também se encontram em posição de vulnerabilidade diante do mercado. Além do que, nessas relações o elemento *confiança pessoal* se faz presente.

A mesma exceção pode ser encontrada no artigo 951 do novo Código Civil. Ao se referir à responsabilidade médica, aquele artigo faz expressa menção à negligência, à imprudência e à imperícia, que são elementos da culpa. Logo, a atividade médica, embora por sua natureza implique risco para os direitos de outrem, não gera responsabilidade objetiva.

> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional,

> por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Gonçalves (2010, pág. 256) afirma que "apesar de se considerar como contratual a responsabilidade médica, não pode ser considerada com presunção de culpa, devido ao fato de que a atividade médica se apresentar como uma atividade meio e não de resultado".

Ocorre que, no caso de proteção à imagem dos pacientes, surge a necessidade de uma análise mais apurada acerca da responsabilidade, em decorrência do dever de zelo e da ruptura do contrato.

A responsabilidade dos profissionais da saúde por pacientes que estejam sob sua guarda pode ser analisada levando em consideração diversos aspectos. Inicialmente, analisaremos a partir dos quatro os princípios da bioética. São eles: autonomia, que determina que a pessoa têm domínio sobre sua própria vida e que a sua intimidade deve ser respeitada; beneficência, que determina que o profissional da saúde ou pesquisador promova o bem do paciente; da não maleficência; que proíbe o profissional de fazer o mal e de prejudicar a saúde da pessoa; e o da justiça, que orienta a distribuição equitativa e universal dos benefícios das pesquisas científicas.

Dessa forma, os profissionais da saúde estão impedidos de divulgarem imagens de seus pacientes em respeito à intimidade dos mesmos, na promoção do bem estar e na observância do restabelecimento da saúde.

A proteção do paciente, em todas as suas esferas, inclusive no que se refere à preservação de sua imagem e honra, é um dever do profissional que o assiste. Neste rol podemos incluir os médicos, enfermeiros, fisioterapeutas e demais profissionais da saúde.

O artigo 75 do Código de Ética Médica veda ao médico fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do mesmo.

De acordo com a consulta nº 131.332/09[2] do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, o médico responsável pela unidade de UTI não deve dar permissão para tirar fotos de pacientes ali internados, com base no dever profissional médico de proteção à vulnerabilidade e na manutenção da privacidade que tem direito o paciente.

Essa proibição visa manter a intimidade e promover o bem estar dos pacientes, que devido à situação (acometimento de uma enfermidade), acaba por transferir tais cuidados para os profissionais da saúde, inclusive a manutenção da própria privacidade.

[2] Disponível em: http://www.cremesp.org.br Acesso em: 01 de agosto de 2014.

A Resolução nº 1.974/2011 do Conselho Federal de Medicina estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Neste sentido, a referente norma proíbe expressamente a divulgação de imagens não autorizadas de pacientes em qualquer meio de comunicação, seja através de redes sociais, internet, jornais ou TV. Senão vejamos:

> Art. 3º É vedado ao médico:
>
> ...
>
> g) Expor a figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo, ressalvado o disposto no art. 10 desta resolução;
>
> ...
>
> Art. 10 Nos trabalhos e eventos científicos em que a exposição de figura de paciente for imprescindível, o médico deverá obter prévia autorização expressa do mesmo ou de seu representante legal.

Exige também a lei que a conduta incriminada de revelar o segredo, "possa produzir dano a outrem", geralmente ao próprio paciente, mas podendo ser também aos seus familiares, ou a terceiros. Não exige a lei dano efetivo, mas simples possibilidade de o outro (vítima) vir a sofrer um dano material ou moral. É claro que o agente deve atuar com a vontade de causar dano ao seu paciente ou, ao menos, ter consciência de que este pode vir a sofrer o dano. Desta forma, não haverá crime se o médico discutir com seus colegas sobre a doença para chegar a um diagnóstico mais seguro do quadro mórbido de seus clientes. Já o mesmo não se pode dizer da publicação de trabalhos científicos, com identificação do doente, onde o sigilo a respeito de informações e fatos da vida íntima do cliente deve ser observado.

A responsabilidade dos profissionais da saúde deve ser apurada, dessa forma, de acordo com as circunstâncias que envolvem o fato e o dano. Nesse sentido, questões ética e jurídicas são analisadas na construção de uma teoria que melhor socorra ao paciente, que figura como parte hipossuficiente nesta relação.

Assim, a exposição de imagens de pacientes em procedimentos cirúrgicos, leitos de recuperação ou qualquer outra situação que o reduza em sua dignidade, põe os mesmos em situações de riscos, atingindo diretamente os direitos da personalidade. Deve, então, o Judiciário criar mecanismos jurídicos que possam frear tal prática.

Neste sentido, a responsabilidade pressuposta, que se traduz no dever de indenizar toda vez que o agente, por sua atividade, expuser outras pessoas a uma situação de risco ou perigo, apresenta-se como opção justa e em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Colaborando com esse pensamento, BÉATRICE MAURER (2013, pág. 119) afirma que:

> Assim também o direito deverá permitir e encorajar todas as circunstâncias necessárias à integridade da dignidade fundamental do ser humano em sua dignidade atenuada. Manifestando-se a dignidade em atos, é em todos os níveis que o direito poderá intervir, ordenar, a fim de permitir o melhor desenvolvimento possível das relações entre as pessoas. A ética se interessará, todavia, no essencial, pela dignidade atenuada, sendo do domínio do direito proteger absolutamente a dignidade fundamental da pessoa humana.

Em tal situação, a responsabilidade reclama por atitudes rápidas e eficazes, a fim de restabelecer o status quo ante. Ressalta-se, por oportuno, que as redes sociais *on line* possuem alcance indeterminado, de difícil quantificação, o que fortalece a tese de responsabilidade pressuposta.

A responsabilidade pressuposta ao pressupor a responsabilidade de quem, com sua atividade, expõe outras pessoas a risco e, por isso, deve indenizá-la, ainda que não seja o culpado traz segurança e respeito a dignidade da pessoa humana. A ideia é a de que, em primeiro lugar, deve-se indenizar a vítima e, depois, buscar-se o reembolso de quem realmente foi o culpado ou o criador da situação de risco.

No caso em concreto, a responsabilidade pressuposta afasta-se da doutrina tradicional por não condicionar a reparação do dano aos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil (nexo causal, dano, ato ilícito e culpa). A responsabilidade civil já é pressuposta pelo ordenamento, de modo que o dano apenas torna concreto o dever de indenizar, sem necessidade de prova de culpa. Cuida-se de uma aproximação da responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade pressuposta é uma otimização da regra constante do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Assim, a responsabilidade pressuposta destina-se a evitar que as pessoas sofram danos e a reduzir, ao máximo, o número de vítimas sem ressarcimento.

Assim, em respeito à dignidade da pessoa humana, a divulgação de imagens de pacientes por parte dos profissionais da saúde deve ser combatida veementemente, valorizando mais a vítima do que o réu, devendo a vítima ser indenizada imediatamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se nos últimos tempos que, devido ao avanço da tecnologia, a intimidade e a privacidade das pessoas tem sido alvo de constantes ataques. Neste ínterim, destaca-se a divulgação de imagens de forma ilegal em redes sociais *on line.*

No presente trabalho, analisou-se a responsabilidade dos profissionais da saúde ao ferir o direito à imagem de seus pacientes, através da divulgação em redes sociais. O legislador infraconstitucional adotou a responsabilidade subjetiva, mediante a verificação de culpa em casos de erro médico. Entretanto, o conceito aberto de responsabilidade pressuposta conseguiu atingir melhor as novas situações aqui expostas.

Dessa forma, após análise da matéria, vislumbra-se a possibilidade de utilização da teoria da responsabilidade pressuposta no sentido de ressarcir os pacientes vítimas de divulgação de imagens nas redes sociais *on line* por parte dos profissionais da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 155.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 7. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Fábio; FREI, Klaus. *Redes Urbanas*. In: DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila. **O Tempo Das Redes**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume I: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, volume II: Obrigações e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012..

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume II: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2015.