

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

ELENICE PEREIRA BERG DE AGUIAR

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO NA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – UMA ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE**

**CARANGOLA
2018**

ELENICE PEREIRA BERG DE AGUIAR

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO NA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – UMA ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE**

**Trabalho de Conclusão de Curso de
Direito da Faculdade Doctum de
Carangola, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em
Direito.**

**Áreas de Concentração: Direito
Constitucional/Direito
Administrativo/ Direito Civil.**

Orientador: Prof.Rejane Soares Hote

**CARANGOLA
2018**



FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE, elaborado pela aluna ELENICE PEREIRA BERG DE AGUIAR foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Carangola, ___ de _____ 20__

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O estudo em questão analisa o Erro Médico sob o aspecto jurídico e como os resultados dessa má prática afeta a vida da vítima. Dentro desse contexto, aborda a natureza dos procedimentos médicos, bem como a natureza da relação entre médico e paciente e as consequências do erro médico na vida do paciente e a possibilidade de os Entes Federados serem responsabilizados civilmente diante de uma atividade médica prestada no âmbito do Sistema Único de Saúde. Busca também diferenciar a responsabilidade civil sob diferentes óticas, entre elas a responsabilidade civil no âmbito privado e no âmbito público. Ao final, explana sobre o SUS e o direito à saúde, bem como sobre o dever do Estado em se garantir um mínimo de recursos para que todos tenham acesso a um serviço de qualidade.

Palavra-Chave: Erro Médico; Espécies de responsabilidade; Responsabilidade civil do médico e do Estado; Mínimo existencial.

ABSTRACT

The study in issue analyzes the error or physical and physical effects in the effects of a victim in the life of the victim. Health, patient, and physical problems, and the causes of clinical symptoms, and the causes of medical illness in the physiological students. Health. Civil liabilities in different areas are also different, including private and in the public sphere. Finally, explain the SUS and the right to health, as well as the State's duty in relation to a minimum of resources for all levels of access to a quality service.

Keyword: Medical Error; Species of responsibility; Civil liability of the physician and the State; Existential minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
1.1 Conceito.....	10
1.2 Elementos da responsabilidade civil.....	11
1.3 Espécies de responsabilidade civil.....	13
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	14
2.1 Natureza jurídica da relação médico-paciente e a natureza obrigacional da atividade profissional.....	14
2.2 Do erro médico	17
2.3 Os danos e as consequências do erro na vida das vítimas.....	21
3 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....	24
3.1 O Sistema Único de Saúde – SUS.....	26
3.2 Mínimo Existencial X Reserva do Possível sua Aplicação na Saúde Pública...28	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
REFÊRENCIAS.....	32

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trabalha a responsabilidade civil do Estado diante do erro médico, fazendo uma abordagem em cima dos aspectos constitucionais do direito à saúde. Como se dará a responsabilização por eventual erro médico cometido na prestação do serviço público ou privado que presta serviço público de saúde, bem como sobre a configuração do polo passivo da demanda.

No ordenamento jurídico pátrio o direito à saúde, está elevado à categoria dos direitos fundamentais, por estar interligado ao direito à vida e à existência digna, representando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo considerado pela doutrina e legislação uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão, plenamente assegurada pela Constituição Federal de 1988. Portanto, é dever do Estado assegurar uma saúde de qualidade, devendo ser prestadas por profissionais capacitados.

Ocorre que, frequentemente matérias veiculadas pelos meios de comunicação noticiam a ocorrência de erros médicos e os prejuízos ocasionados aos cidadãos. Em perfunctória pesquisa nos sites pertinentes, nota-se que o número de demandas judiciais acerca de erros em procedimentos médicos é enorme, de tal modo que a sua apreciação se torna necessária e constitui uma relevante missão conferida ao labor acadêmico.

Diante da relevância jurídica e social do tema, a presente pesquisa tem o objetivo de empreender um estudo sobre a responsabilidade civil do Estado, bem como estudar as causas jurídicas destes estorcedores dados, focando nos casos de danos decorrentes de erros médicos que ocorrem na prestação do serviço público.

Para que se impute a alguém a responsabilidade de um mal procedimento médico é necessário saber, primeiramente, quem está prestando o serviço, se é o Estado por meio do médico ou se é o próprio médico, pois, a depender do prestador, a responsabilidade civil se diversifica e é analisada sob óticas distintas.

No primeiro capítulo se abordará o conceito de responsabilidade civil, suas espécies e quais são os requisitos necessários para a sua configuração.

O segundo capítulo apresentará conceituação de erro médico, qual a natureza jurídica da obrigação na prestação da atividade médica e da relação entre

médico-paciente a fim de se estabelecer uma diferenciação entre a responsabilidade privada e a responsabilidade pública, para após, analisar a chamada responsabilidade civil do estado.

No terceiro capítulo serão abordadas as nuances relacionadas à Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito e as normas concernentes ao seu principal objeto de proteção, o ser humano, em paralelo aos mandamentos que visam garantir o direito fundamental à saúde. Assim, faz-se uma abordagem constitucional ao direito à saúde, compilando-o a uma reflexão sobre os recursos do Estado e o que ele deve proporcionar minimamente ao cidadão.

Busca-se, então trazer estes preceitos para a atuação do profissional de saúde, no âmbito do atendimento do serviço público, onde não somente tecnicismos profissionais devem ser observados, mas a atuação do estado deve estar umbilicalmente ligada aos princípios que balizam a atuação pública. Têm-se, portanto, como marco teórico fundamental a doutrina, com enfoque nos preceitos modernos e doutrinadores que se inclinam para as inovações legiferantes.

Entende-se então, que se debruçar sobre o tema é de cabal importância para sociedade, sendo possível considerar também que o aprendizado e ganho acadêmico que ele proporciona concede ainda mais elementos para defender sua relevância.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil nada mais é que o dever de alguém, causador de um dano, indenizar a pessoa que sofreu o dano. Cabe ao responsável e causador do dano ressarcir a vítima pelos prejuízos a esta ocasionados. A responsabilidade atinge a esfera patrimonial do ofensor e não a esfera pessoal. Portanto, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações frente ao terceiro prejudicado.

Assim dispõe o art. 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

"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."

Dessa forma, o artigo 186 do novo Código define o que é ato ilícito. Entretanto, observa-se que não disciplina o dever de indenizar, ou seja, a responsabilidade civil, matéria tratada no artigo 927 do mesmo Código, que deve ser aplicado. Sendo assim, está previsto na perquirição do que seja ato ilícito, o ato de causar dano, ainda que exclusivamente moral. Faça-se constar o alusivo artigo 927, *caput*.

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

O ato ilícito é o ato que está em desacordo com a lei. O dano, seja ele patrimonial ou exclusivamente moral, é considerado ato ilícito e deve ser ressarcido pelo agente causador, independentemente se a conduta (omissiva ou comissiva) deste agente foi lícita ou não. Para a legislação pátria, não tem relevância se a conduta do agente causador do dano foi lícita ou não, o que se leva em conta é o prejuízo causado, a culpa do agente e o nexo entre a conduta e o dano. Em determinadas situações, porém, nem será necessário avaliar a culpa do ofensor, como se verá no decorrer deste trabalho.

Só nascerá a obrigação de ressarcimento se houver dano efetivo, seja este de ordem material ou imaterial. No tocante ao dano material, a indenização pode abranger mais do que o prejuízo em si, mais do que foi perdido, que corresponde ao dano emergente. A depender da situação, a indenização também abarca o lucro que possivelmente o ofendido teria se não fosse o evento danoso. A isso dá-se o nome

de lucro cessante. Portanto, em resumo, a responsabilidade civil por dano material é a soma dos danos emergentes com os lucros cessantes (este último necessita de uma análise mais criteriosa e vai depender do caso concreto).

É o que dispõe o artigo 402 do Código Civil “Art. 402- Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Além do dano material, também há o dano moral e estético. O dano moral é aquele que atinge a personalidade, a imagem, a liberdade e a honra da vítima. Já o dano estético decorre de uma deformação permanente e facilmente percebida que causa à vítima total desconforto e sofrimento. Tudo isso será trabalhado com mais detalhes no presente trabalho.

1.1 Conceito

A responsabilidade civil é uma obrigação decorrente de um dano ocasionado por um ato ilícito, o qual precisa ser reparado mediante indenização por perdas e danos. A responsabilidade atinge a esfera patrimonial do ofensor. A responsabilidade civil retoma a harmonia e devolve a ordem jurídica na sociedade, uma vez que, ao reparar o prejuízo, o causador do dano possibilita à vítima voltar ao seu *status quo ante*, ou seja, a parte lesada retoma ao seu estado anterior, reestabelecendo o equilíbrio na relação social como se nada houvesse ocorrido.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 24) ensina que:

“A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo.”

Ocorrendo o dano, necessariamente haverá um ato ilícito, o qual, por sua vez, gera no causador do prejuízo o dever de indenizar independentemente da licitude ou não de sua conduta.

Para que a obrigação de indenizar se instale é preciso que certos requisitos sejam preenchidos, os quais serão analisados no tópico seguinte.

1.2 Elementos da responsabilidade civil

Para que haja o dever de indenizar é necessário a comprovação da culpa do agente, o dano e o nexo entre a conduta e o dano. A conduta do agente é um elemento subjetivo e indissociável da culpa e pode ocorrer na sua forma positiva (quando se pratica o ato) e de forma negativa (neste caso o agente se omite quando deveria ter agido para evitar o evento danoso). Quanto ao dano, este pode ser material, extrapatrimonial (moral) e estético. Para que haja indenização é necessário que o dano seja efetivo e certo.

A culpa, por sua vez, se divide em culpa *lato sensu*, que corresponde ao dolo, à vontade de praticar o fato gerador a fim de provocar o dano e a culpa *strictu sensu*, a qual se subdivide em imperícia, imprudência e negligência.

No tocante à responsabilização do médico frente à procedimentos técnicos malsucedidos, o Código de Ética Médica em seu artigo 1º do texto III veda ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão decorrente de imperícia, imprudência ou negligência.

Nas palavras de Gomes e França (1998 p.243):

Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples.

A imprudência é a prática de uma ação sem observar seus devidos cuidados, agindo de maneira perigosa. O médico comete o ato da imprudência quando sabe o grau de risco envolvido na situação, seja um procedimento simples ou complexo, e mesmo assim acredita que é possível que o ato seja realizado da sua maneira, mesmo sem os devidos cuidados, que não causará prejuízo a ninguém, como, por exemplo, fazer um parto sem possuir o aspirador do líquido amniótico. Nesta situação, o profissional médico sabe o que fazer e como fazer, porém, faz do seu jeito, criando um quadro de risco muito maior do que normalmente já existe.

A imperícia é a falta de habilidade, de conhecimento técnico básico, de erro ou de engano em uma atividade que o agente deveria estar plenamente apto para realizar. O médico realiza atos de imperícia quando, no exercício da sua profissão,

comete erros grosseiros, onde ele, como profissional designado para aquela área, não deveria cometer.

Vale ressaltar que não são todos os tipos de erros que ensejam em indenização. Os próprios tribunais superiores já têm jurisprudência pacificada de que o ser humano, por mais especializado que seja, está sujeito ao erro, à falibilidade.

Eis um julgado exemplificando o ato da imperícia:

(APELAÇÃO CÍVEL N. 2.0000.00.506.514-3/000 - BELO HORIZONTE - 24.11.2005 EMENTA: APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - AUTORA EM TRABALHO DE PARTO - AGULHA DEIXADA EM SUA GENITÁLIA - IMPERÍCIA DO MÉDICO COMPROVADA):

O hospital é parte legítima para integrar o polo passivo de ação em que se discute erro médico praticado por profissional integrante de seu corpo clínico, tendo em vista que a paciente procurou o nosocômio confiando na sua seriedade, experiência e reputação, sendo sua obrigação selecionar profissionais competentes para atuarem em suas dependências, o que importa responder de forma solidária pelos danos advindos pela má prestação de serviços. - Configura imperícia e, por conseguinte, erro médico, o procedimento cirúrgico de sutura ocorrido após o parto, deixando agulha na genitália da paciente, caracterizando desatenção culpável, em virtude do mal causado, que podia e devia ser previsto pelo cirurgião. - Na fixação do dano moral, deve-se avaliar as circunstâncias do caso específico, analisando a extensão do dano, a intensidade da culpa do causador do prejuízo, as condições sociais e econômicas das partes, o caráter educativo da sanção, não devendo ser irrisória a ponto de não reparar o mal causado e nem vultosa para não ensejar enriquecimento ilícito, impondo-se a redução da verba fixada a este título para adequar aos parâmetros de equidade e razoabilidade traçados pela jurisprudência. - Não tendo a autora demonstrado a efetiva redução de sua capacidade laborativa, improcede o pleito de pensão na forma pleiteada na inicial.

Por fim, entende-se como negligência, a inobservância dos deveres e obrigações ao realizar determinado ato. A negligência não se confunde com a imprudência, pois neste caso se trata de omissão, de deixar de fazer o que é preciso, ou fazer de maneira intempestiva

Todas essas modalidades de culpa somadas ao prejuízo causado na vida do paciente geram dever de indenizar por parte do prestador de serviço ou a quem deu causa.

Há, porém, situações em que a verificação da culpa é dispensada. Tais situações serão vistas no decorrer do presente trabalho.

1.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil é classificada sob três óticas distintas, a saber: quanto ao fato gerador, quanto ao fundamento e quanto ao agente causador do dano. As espécies que interessam ao presente trabalho são as duas primeiras.

Quanto ao fato gerador a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual (ou aquiliana). Quanto ao fundamento a responsabilidade se divide em subjetiva e objetiva.

Tais espécies serão detidamente analisadas sob a égide da responsabilidade civil do médico, seja ele prestador de serviço público ou privado, no capítulo seguinte.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Cabe ao médico atuar sempre de forma diligente, tomando todos os cuidados necessários e que estiverem ao seu alcance para melhor atender o paciente, sem deixar-lhe sequelas. Entretanto, demandas judiciais contra médicos vêm crescendo vertiginosamente nos últimos anos em razão dos erros médicos e diante da má qualidade na prestação do serviço. Há quem cabe o ressarcimento de eventuais prejuízos?

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, bem como o art. 951 do CC/02 estabelecem que a responsabilidade dos profissionais liberais, como é o caso do médico, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de culpa. Portanto, terá direito à indenização o paciente que, submetido a tratamento médico, sofreu algum tipo de prejuízo em decorrência desse tratamento e por ter agido o médico de forma imprudente, negligente ou imperito.

Essa é a regra, porém, há casos em que a comprovação de culpa é dispensável. Para fazer essa dissociação algumas nuances precisam ser analisadas. Ocorre que o médico pode ter cometido o erro enquanto estava prestando um serviço público.

Nesta toada, faz-se necessária distinguir as modalidades de responsabilidade civil de forma mais detida e determinar qual o sujeito fica obrigado a reparar o dano, analisando a prestação de serviço médico tanto na perspectiva pública quanto na perspectiva privada.

Antes de adentrarmos nesses aspectos, faz-se um parêntese sobre o erro médico e quais as suas consequências na vida da vítima.

2.1 Do erro médico

Atualmente no Brasil, não existem dados específicos sobre a quantidade de erros médicos ocorridos anualmente, porém, frequentemente se noticiam casos de pacientes mortos ou em situação de sobrevivência inviáveis decorrentes da má prática da atividade médica e basta verificar essa incidência através do número de demandas judiciais indenizatórias propostas por pacientes, vítimas da má prestação do serviço. O número é alarmante, principalmente quando o serviço é prestado em uma estrutura precária como é o caso do Sistema Único de Saúde.

O médico deve fazer uso de seus conhecimentos práticos e científicos no atendimento do paciente, empregando-os da forma mais zelosa e com a devida presteza, tendo em vista que um dos bens mais preciosos tutelados pelo direito e prezados pela sociedade como um todo está em suas mãos, a vida.

Parafrazeando o autor Romualdo Flávio Dropa (2014, p.101), a função do médico em relação aos pacientes, apesar das mudanças nos últimos anos, ainda tende a ser bem próxima. Os médicos possuem influência direta sobre o corpo dos pacientes, ou sobre parte dele, e por isso, é importante que tenham sempre consciência de seus deveres éticos e jurídicos em relação à profissão. Essa consciência é fundamental para que os efeitos nocivos desta possível situação sejam evitados ou ao menos reduzidos ao máximo.

Quando o médico falta com o seu comprometimento profissional ou não toma os cuidados devidos na realização de sua atividade algumas mazelas podem ocorrer e atingir a integridade física, moral ou material do paciente. Se, da sua conduta culposa, o médico ocasiona alguma lesão a direito do paciente, surge o que a doutrina chama de erro médico.

Irany Novah Moraes (2003, p. 40):

O erro médico vai ser tratado como desvio de comportamento do médico na execução do seu trabalho profissional, trabalho que, se tivesse sido feito dentro dos parâmetros estabelecidos pelos seus pares, não teria causado danos ao paciente.

O erro médico ocorre quando o clínico não observa os procedimentos técnicos ou exerce inadequadamente suas atividades. Dentre as ingerências pode-se destacar: prescrições inadequadas, diagnósticos errados, omissão de tratamento, erro na aplicação de anestésias ou na transfusão de sangue, por exemplo. As consequências da conduta médica pioram quando o ambiente em que se presta o serviço é desprovido de um mínimo de qualidade e estrutura.

Importante destacar que, em que pese muitos pensarem de forma diversa, não cabe ao médico atingir resultados que não estão ao seu alcance, como a cura de uma doença irremediável, por exemplo, mas cabe ao médico reduzir ao máximo os danos que possam advir de uma doença que aflige o paciente, além de prestar um tratamento adequado, receitar a medicação correta, prestar informações claras e objetivas, indicar os cuidados que deve o paciente adotar, solicitar a realização de

exames necessários e analisa-los com atenção, procurar todos os meios para solucionar o problema de saúde do paciente e fazer o possível para que o serviço seja prestado com qualidade e de forma eficiente ou menos danosa.

Segundo Vázquez (2010, p.01):

Embora para o médico, a Medicina seja um compromisso de meios, para o paciente e para a sociedade, ela é vista como uma cruel expectativa de resultados. O doente vai ao médico em busca de resultados, quase sempre imediatos, e mostra-se ansioso com sua vida em jogo e não transige na busca de resultados positivos.

Como regra em nosso ordenamento jurídico, a obrigação do médico é de meio e não de resultado. O médico não pode ser penalizado de um modo geral porque não conseguiu curar um paciente enfermo, mas deve ser penalizado por não ter receitado o medicamento correto que seria capaz de curá-lo, por exemplo. O médico deve ser responsabilizado pelas condutas que deixou de praticar em prol da melhora do paciente ou pelas condutas que praticou de forma errada e que em razão disso gerou consequências prejudiciais na vida do paciente.

Importante frisar que aqui não se distingue erro de ignorância, apesar de terem significados diferentes. Enquanto o erro corresponde à falsa percepção da realidade, a ignorância diz respeito à falta de conhecimento. Pouco importa os aspectos terminológicos, pois ambos serão tratados de igual modo e com consequências idênticas, quer seja, a responsabilização do médico, pois nesses casos o direito se preocupa em ressarcir a vítima dos resultados ocasionados pela má-prática médica e em puni-la.

Tem se tornado cada vez mais comum os questionamentos judiciais que contestam procedimentos médicos imprudentes, antiéticos, invasivos, violentos, sem conhecimento e preparação prévia adequada, dentre outros, que infelizmente, em alguns casos, resultam no óbito do paciente ou em lesões, sejam elas leves, graves, passageiras ou permanentes.

Tais questionamentos judiciais têm um extenso rol de consequências, tanto na vida do paciente, quando possível, trazendo desgaste físico e mental além do dano já sofrido, quanto na vida do médico em questão, que acaba tendo seu prestígio e sua competência profissional abalada, além de desencadear no âmbito jurídico a necessidade de cumprir com suas responsabilidades, dentre elas a responsabilidade civil.

Hodiernamente ninguém contesta a responsabilidade do profissional liberal quando este, com culpa, causa algum dano ao paciente, em que pese já salientado que o médico não deve fazer mais do que aquilo que está ao seu alcance. Mas as pessoas devem ter em mente que o hospital público, na pessoa jurídica do ente federado, é tão responsável quanto o médico.

Deve a administração pública dispor de um serviço eficaz e que cumpra com as garantias propostas na Constituição Federal no que se refere à saúde e à vida. Porém, o que se observa no dia a dia é que a administração é falha e totalmente alheia na promoção de uma boa estrutura física para atender a demanda de pessoas doentes e que necessitam de atendimento médico e hospitalar. O que se verifica são hospitais péssimos, com funcionários despreparados para lidar com pessoas debilitadas, falta de remédio e instrumento para realização de exames, filas enormes, marcação de consultas ou exames com meses de espera, médicos insatisfeitos, etc.

Todas essas faltas são fatores que propiciam na ocorrência de resultados danosos na vida do paciente. Não pode a administração pública ficar inerte diante do caos instalados nesses segmentos. O paciente prejudicado ou seus familiares devem conscientizar-se sobre a responsabilidade do Estado e valer-se do direito de propor ação de indenização contra o mesmo a fim de lhe ressarcir os prejuízos que lhes foram causados.

2.2 Os danos e as consequências do erro na vida das vítimas

O dano é um dos pressupostos de toda e qualquer responsabilidade civil. Não há que se falar em indenização se não houver acarretado ao indivíduo um mínimo de prejuízo ou lesão a um direito.

Ensina a Ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (1999, p. 55):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

Logo, para que o paciente seja ressarcido é necessário que o erro médico atinja seu patrimônio, sua honra ou personalidade ou que acarrete danos físicos.

Posto isto, o dano médico pode ser material (patrimonial), moral (extrapatrimonial) ou estético (físico).

O dano material (ou patrimonial) representa a diminuição do patrimônio da vítima, mas que pode ser suscetível de avaliação pecuniária. O ressarcimento do dano material abrange o dano emergente e o lucro cessante. Aquele corresponde ao prejuízo sofrido pela vítima, o que ela efetivamente perdeu, já o lucro cessante é o que hipoteticamente e na medida do razoável a vítima deixou de ganhar, mas ganharia se o evento danoso não tivesse ocorrido.

O dano moral ocorre quando a agressão atinge a esfera da personalidade do indivíduo, como sua honra e imagem, causando-lhe sofrimento intenso, dor e angústia. Tal dano não possui valor econômico predeterminado, devendo ser analisado caso a caso.

O dano físico ou estético, como o próprio nome diz, reflete na aparência ou na integridade física do indivíduo. É toda a agressão que altere o corpo da vítima e que lhe cause incômodo, diminuindo a autoestima.

Nas lições de Tereza Ancona Lopez (2004, p. 105):

O dano estético (dano físico) atinge é dano moral objetivo que ofende um dos direitos da personalidade, o direito a integridade física. Não precisa ser provado, é o *damnum in re ipsa*. O sofrimento e a dor integram esse tipo de dano. O dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, ao complexo de inferioridade na convivência humana.

Por fim, imperioso ressaltar que a teor da súmula 387 do STJ, é possível a cumulação de dano moral e dano estético. Também é pacífico na Jurisprudência a possibilidade de cumulação de todas as diferentes categorias de danos decorrentes do mesmo fato. Eis um julgado possibilitando a cumulação de danos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E DANO ESTÉTICO. POSSIBILIDADE. OPERAÇÃO DE JOELHO SADIO. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. VOTO VENCIDO. Há erro médico inescusável quando profissional opera joelho sadio ao invés do seu par doente. O custo das sessões de fisioterapia de reabilitação compõe o dano material oriundo do erro médico. É possível a cumulação das indenizações relativas aos danos estético e moral quando for possível distinguir, com precisão, a motivação de cada espécie destes. A indenização por dano estético substancia forma de compensação da vítima dos danos que a deformidade física causa na sua auto-estima e em sua aceitação perante a sociedade. Indeniza-se, em verdade, a harmonia pertinente às formas físicas de determinado indivíduo, a qual lhe causa constrangimento perante terceiros e mau julgamento sobre si mesmo. O dano moral consiste na sensação de ofensa, humilhação perante terceiros. Consiste este, como sabido, na dor psíquica sofrida experimentada pela vítima do dano ou em sua conseqüência. O ilícito que redunde em cicatrizes no joelho de jovem estudante redunde em dano estético indenizável. Recurso não provido. VV.: Não restando comprovado que a deformidade física da apelada foi capaz de

transformar a sua aparência, causando impressão penosa ou desagradável que justifiquem constrangimentos a mesma, impossível indenização à título de danos estéticos. (Des^a. Electra Benevides). (TJMG - Apelação Cível 1.0434.07.008993-4/001, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva , 10^a CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/10/2009, publicação da súmula em 30/10/2009)

Em se tratando de obrigação de meio, para que o profissional da medicina seja responsabilizado pelo dano causado ao paciente, além da demonstração da lesão é necessário que seja demonstrado que o médico agiu com culpa. Nesse caso, a responsabilidade do médico é subjetiva. Já nos casos em que a obrigação é de resultado, a responsabilidade do médico é objetiva, ou seja, a demonstração de culpa é dispensável. Tais aspectos serão esmiunçados adiante.

Nas palavras dos autores Gomes e França (1998, Capítulo IV):

O médico representa o ser humano investido da prerrogativa sobre-humana de amenizar a dor, mitigar o sofrimento e adiar a morte do semelhante. Por isto, o seu erro assume proporções dramáticas, representa a negação do bem, mas nunca a intenção do mal. No entanto, a repercussão do erro sobre o paciente depende do grau de parceria estabelecido no binômio médico-paciente, no âmago dessa relação complexa e melindrosa voltada para a busca do bem. Quando há uma parceria ativa, bilateral, marcada pelo respeito, pela afeição e pela transparência e consumada sob os auspícios da autonomia, essa relação alcança um elevado e primoroso grau de compreensão e tolerância mútuas. Não a ponto de consentir erros de parte a parte, mas de tornar as falhas compreensíveis e ensejar o exercício do perdão na parte ofendida ou pelo menos uma respeitosa tolerância. O que mais irrita o paciente e sua família é a arrogância do médico apoiada à sua concepção de excelência técnica.

Os conflitos entre médicos e pacientes intensificam com o erro médico. As consequências do erro têm tomado a cada dia dimensões muito mais drásticas. Diante de tantos meios de aperfeiçoamento, atualizações, especializações conferidas ao médico, é quase impossível à aceitação do erro pela vítima, e também ser considerado inaceitável em quase todas as situações por grande parte da sociedade, apesar de o médico necessitar de um grande auxílio, tanto de outros profissionais, quanto das condições do ambiente em que trabalha.

O erro inicia uma cadeia de dificuldades na vida das vítimas, ora superáveis, ora não. Quando se falam em crimes contra os patrimônios essenciais vida e saúde, se torna difícil encontrar algo que sacie as consequências daquele ato danoso. Por mais alto que seja o valor da indenização, por maior que seja o tempo na prisão, nada parece justo.

Grande parte das vítimas sobreviventes ao erro médico não conseguem prosseguir com suas vidas normalmente, e nem a família. O erro é o início de um

ciclo com situações difíceis, onde a vítima precisa vencer, superar ou simplesmente, conformar.

A cirurgia simples que trouxe à paralisia, o receituário de um medicamento errado que desencadeou uma doença grave, a retirada de uma vesícula que terminou com a amputação de uma perna, a falta de cuidados que promoveu uma infecção generalizada, a ocultação de uma doença que impediu o tratamento, são essas e outras centenas de situações que iniciam a mudança completa da vida das vítimas. Novos tratamentos, fisioterapias, uso contínuo de medicamentos que antes eram desnecessários, começam a fazer parte de uma rotina que antes buscava apenas a cura, e agora, além disso, busca a reparação de um novo problema.

O desgaste físico, mental, existencial e econômico das vítimas e de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente não é superado apenas com a procedência do pedido alegado por elas no Judiciário.

Apesar de a vítima sofrer as principais consequências, tal ocorrido tem gerado grande influência na vida do profissional da medicina. Conviver com o erro e com as consequências provocadas por si mesmo a outrem, tem causado desgastes intensos e nos casos mais extremos, provocam a vontade de desistir da profissão.

Gomes e França (1998, capítulo IV) demonstram grande sabedoria ao explicar que:

O problema da sociedade brasileira não é o erro médico, mas o erro. Quanto à ação fiscalizadora e punitiva dos Conselhos de Medicina não existe rigor na acepção leiga do termo, há sim uma justiça singular, educativa, sábia, pluralista, que tem como objetivo fundamental a reabilitação do profissional e como tal não pode se restringir à simples punição. Há quem postule na reforma da lei dos Conselhos a prerrogativa de instituir programas de treinamento para reabilitação técnica do médico, quando seu erro advém de imperícia, inabilidade ou conhecimentos insatisfatórios. A leitura obrigatória de um tratado de medicina interna educa mais o médico relapso do que três anos de castigos corporais. Mais do que a classe médica, carece a sociedade como um todo de uma reforma ética e estrutural, profunda e vigorosa, sobre a qual deve brotar a nova medicina como flor de rara beleza, furando o asfalto, o tédio, o nojo e erguendo-se pura e radiosa, meio ciência, meio arte, mas inteira na sua vocação do bem.

Embora sejam os postos de saúde e hospitais públicos ambientes totalmente desprovidos de condições mínimas de qualidade no atendimento à saúde é importante que o profissional esteja disposto a buscar saídas que atendam, na medida do possível, aos anseios dos que a eles procuram e insurjam contra o descaso da administração na prestação da saúde.

2.3 Natureza jurídica da relação médico-paciente e a natureza obrigacional da atividade profissional

Quanto à natureza jurídica da relação entre médico e paciente, especialmente quanto ao fato gerador, a doutrina estabelece duas classificações, a saber, contratual e extracontratual. A responsabilidade será contratual quando o paciente estabelece acordo prévio com o profissional da saúde, gerando, entre as partes, um vínculo anterior ao procedimento realizado. Essa, costumeiramente, é a regra, mas pode ser que ocorra alguma situação excepcional, como situações de emergência, no qual o médico precisa tomar providência imediatas sem antes consultar o paciente. Quando isso ocorre, diz-se que a relação é extracontratual, por ausência de vínculo anterior entre as partes.

Tais diferenciações implicam na carga probatória atribuída às partes nas ações indenizatórias. Na relação contratual a vítima de erro médico não precisa comprovar a culpa do profissional liberal, pois ela se presume em virtude do próprio inadimplemento do contrato. Basta que comprove a conduta do médico, o dano e nexos de causalidade entre o dano e a conduta, elementos da responsabilidade civil, que conduzem à indenização. Já na relação extracontratual, além desses três últimos elementos, a vítima tem o ônus de provar que o dano ocorreu em razão de conduta imprudente, negligente ou imperita do médico para que o ressarcimento do dano seja devido, ou seja, é necessário que se prove a culpa do profissional.

Na prática essa diferenciação acaba sendo inócua, pois a carga probatória só se modifica a depender da natureza da obrigação da atividade profissional, pouco importando a natureza da relação médico x paciente, uma vez que a responsabilidade civil do médico, atualmente, é vista unanimemente como responsabilidade contratual.

No que tange ao objeto do contrato e à natureza da obrigação, a doutrina os classifica em obrigação de meio e obrigação de resultado. A obrigação de meio não impõe ao médico atingir o resultado, mas deve o prestador de serviço empenhar-se em busca-lo dispondo de todas as suas técnicas e conhecimentos para tanto, devendo sempre agir com prudência e zelo. Se a prestação for cumprida, o contrato também o terá sido. Ocorrendo frustração no resultado almejado não há que se falar em indenização por erro médico, a não ser que o paciente prove que o resultado indesejado se deu em razão da má prestação da atividade desempenhada pelo

médico. Sendo indispensável a demonstração de culpa nesses casos, tem-se que a responsabilidade do médico é subjetiva.

De outro modo, a obrigação de resultado vincula o profissional ao sucesso do procedimento médico. Se a meta não for atingida haverá descumprimento do contrato, o qual enseja dever de indenizar, independentemente de comprovação de culpa do agente, ou seja, responde o médico objetivamente pelos prejuízos causados ao paciente.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a obrigação de meio quando se trata de prestação de serviços médicos, com a apuração de culpa do profissional liberal nos casos de responsabilidade civil, a teor do que dispõe o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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.

(...)§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

O mesmo é estabelecido no art. 951, do Código Civil:

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 a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Em determinadas situações, todavia, a obrigação será de resultado e não de meio, como é o caso das cirurgias plásticas, meramente estéticas, ou ainda, nas realizações de exame de raio X e exames laborais, por exemplo. Nesses casos, se houver erro que gere dano ao paciente decorrente de má qualidade do serviço, a indenização será devida independentemente da comprovação de culpa do agente causador do dano.

O que fora aqui explanado se detém à responsabilidade civil do médico, o agente que pessoalmente prestou o serviço. Mas e quando o médico comete um erro e causa lesão a algum direito do paciente no exercício da atividade que foi prestada dentro de um órgão público, como é o caso do Sistema Único de Saúde? Como é apurada a responsabilidade nesses casos? Eis o que se passa analisar.

2.4 Responsabilidade civil por erro médico no âmbito das instituições públicas

Quanto a responsabilidade civil da Administração, o Direito pátrio acolheu a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado deve suportar o ônus oriundo de sua atividade administrativa. Assim, a responsabilidade civil do Estado é analisada sob a ótica objetiva. Portanto, basta que a vítima comprove o dano, a conduta do agente e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Se comprovados tais elementos configuradores da responsabilidade objetiva e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade, o Estado deverá ser responsabilizado, independentemente se o agente público agiu com culpa ou não.

O Código Civil de 2002 tratou do assunto no art. 43, que preceitua:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito de regresso contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O mesmo estabelece o § 6º, do art. 37, da CF/88, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, diferentemente do que ocorre nas relações privadas, a administração pública responde, independentemente de culpa, pelos danos que causar a seus administrados, desde que este comprove a existência do dano e que esse dano decorreu de uma conduta do Estado.

Noutro giro, o médico, na qualidade de agente público, em que pese não ser responsável direto e em que pese não possuir legitimidade passiva, *prima facie*, em eventual ação indenizatória pleiteada pela vítima, não fica impune. O Estado tem direito de regressar contra o agente que provocou o dano, entretanto, deve provar a culpa deste.

Em se tratando de serviço público e ocorrendo o erro médico em estabelecimento público, como é o caso do SUS, a responsabilidade civil é objetiva e solidária entre os entes federativos (União, Estado/DF e Município). Entretanto,

quando o serviço médico é prestado em um hospital privado, mas é custeado pelo SUS, somente o Município possui legitimidade passiva em eventual ação indenizatória decorrente de erro médico. Pois, em que pese a União ser a gestora nacional do Sistema Único de Saúde e possuírem os entes federados a obrigação de garantir a todos o acesso ao serviço de saúde com qualidade, é o Município, em razão do princípio da descentralização, a quem compete avaliar e controlar a execução do serviço de saúde dos hospitais credenciados ao SUS, conforme dispõe o art. 18, X, da Lei 8.080/90.

Sendo assim, ocorrendo erro médico na prestação de um serviço público em hospitais privados credenciados com o SUS, o município é quem tem legitimidade passiva na ação de indenização por danos morais e quem deve responder de forma objetiva. Sendo assim, basta que a vítima comprove o dano, a conduta e o nexo de causalidade. O médico também pode responder pela obrigação de reparação de danos através da ação de regresso pleiteada pelo município, desde que este demonstre que o médico agiu com culpa ou dolo.

3 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Após detida análise sobre a responsabilidade civil do médico e do Estado, necessário se faz alguns breves apontamentos acerca dos direitos do cidadão no tocante à Saúde, uma vez que a responsabilização de qualquer funcionário decorre diretamente do direito do cidadão de ser-lhe oferecido um tratamento digno e que atenda a padrões satisfatórios.

Como bem se sabe, hodiernamente o direito à saúde tem como uma das principais características a universalidade, e possui como titular a generalidade da população, mas nem sempre foi assim.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2015, P. 265):

A trajetória da a saúde pública nacional passou um período inicial, no qual a atividade do Estado se resumia ao combate a doenças epidêmicas e a algumas ações sanitárias, enquanto a saúde curativa ficava reservada aos serviços privados e à caridade. Apenas a partir da década de 30 do século XX, ocorre a estruturação de um sistema limitado e público de saúde curativa, estruturado por meio dos Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs. A abrangência de tais serviços restringia-se, contudo, à categoria profissional vinculada ao respectivo instituto, ou seja, a saúde pública na sua dimensão curativa não era universalizada.

As IAPs foram criadas durante o período militar, mas somente após a redemocratização reafirmou-se a discussão sobre a universalização do Sistema Único de Saúde (SUS), com o qual todos os brasileiros se tornaram detentores de equânime direito à saúde, independentemente de qualquer condição preestabelecida ou vinculação a uma formalidade trabalhista.

De acordo com Moliterno (2013, p. 161)

Durante o regime militar, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) a partir da unificação dos antigos IAPs, manteve-se o caráter restrito de atendimento curativo, na medida em que apenas o trabalhador urbano com carteira assinada era considerado contribuinte e beneficiário, juntamente com seus dependentes, tendo direito ao atendimento da rede pública de saúde. Assim, grande contingente da população brasileira, porque excluídos do mercado formal de trabalho, continuava a depender da caridade pública.

Vencida esta etapa da história, a constituição cidadã passa a prever de forma expressa as condições que o estado deve observar na prestação dos serviços de saúde.

Conforme narra Moliterno (2013, p. 168)

Como síntese do processo histórico de lutas sociais e concessões governamentais já apresentados, o constituinte de 1988 consagrou o direito à saúde como direito social e fundamental no art. 6º (Capítulo II, Título II) e, no título destinado à ordem social, trouxe uma série de dispositivos (art. 196 a 200) que estabelecem linhas mestras do direito à saúde no âmbito nacional, definindo conceitos, princípios, fontes de custeio e estrutura do novo modelo de saúde.

A Constituição Federal é bastante enfática no capítulo que trata dos direitos sociais, em seu artigo 6º, trazendo o direito à saúde como um princípio social que possui enorme relevância no contexto jurídico atual. Neste contexto, depreende-se que a saúde é idealizada como direito de todos e dever do Estado que deve garanti-la, mediante políticas sociais e econômicas que visem à diminuição do risco de doença e de outros males.

Mendonça (2018, p.89), traz um espectro bastante amplo sobre o assunto:

A saúde humana, essencialmente transitória e multifacetada, possui, por conseguinte, um conceito heterogêneo. A concepção de saúde, ao longo dos séculos, decorreu da realidade científica, histórica e cultural manifestada pela sociedade em cada período. Essa evolução percorreu um longo caminho, desde a adoção do pensamento mágico e supersticioso, pelos povos primitivos, até o reconhecimento da saúde como sinônimo de qualidade de vida. No Brasil, esse progresso repercutiu diretamente no conjunto de políticas públicas sanitárias adotadas pelo Estado, sendo determinante, inclusive, para a sua introdução, como direito fundamental, na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o direito à saúde pode ser avaliado como constituindo respectivamente direito de defesa, no sentido de impedir interferências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como impondo ao Estado a efetivação de políticas públicas visando à realização desse direito.

Além da Carta Maior, outro documento de bastante relevância para o direito interno, Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 1946, traz em seu preâmbulo que a saúde não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade, mas sim em um estado de completo bem-estar físico, mental e social. É direito fundamental de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político, condição econômica ou social. Sendo que, o governo tem responsabilidade pela saúde de seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1946).

Conforme ensina com Hélio Pereira Dias (2002, p. 17), o direito à saúde, por ser um direito inerente à própria vida do ser humano, tem como base os princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e aos serviços que a promovem, protegem e recuperam.

3.1 O Sistema Único de Saúde - SUS

O Sistema Único de Saúde – SUS, integra a gama das políticas públicas necessárias à garantia da saúde. Não lhe cabe responder por tudo o que interfere ou condiciona a saúde de uma coletividade, nem é o único sistema, mas um dos principais, o qual é necessário para garantir e assegurar a saúde pública (SANTOS, p. 25/26).

Rosa, (2014, p. 41) precisamente leciona sobre o assunto ao dizer:

Anote-se, ainda, que no Capítulo dos Direitos Sociais e Coletivos, o Princípio da Isonomia (art. 5.º *caput*, CR) representa um vetor para a implementação dos Direitos Sociais, na medida em que dentro dos critérios da razoabilidade, são assegurados os Direitos Sociais a quem deles necessitem. No que tange à gênese constitucional do Direito à Saúde, destaca-se também o art. 23, II, no qual preceitua-se que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o cuidado à Saúde, instituindo, assim, a solidariedade institucional entre os entes federativos.

Nesse sentido, o artigo 200, da Constituição Federal de 1988, pormenoriza as competências do Sistema Único de Saúde, sendo elas, em suma: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

Ainda de acordo com Rosa, (2014, p. 45):

O Sistema Único de Saúde constitui-se a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário brasileiro, integrando e organizando todas as outras que fazem parte do universo sanitário no país. Consagrado pela Constituição de 1988, o SUS é uma instituição pública nacional, calcada no princípio da universalidade do atendimento, o que sinaliza que a assistência à saúde deve atender indistintamente toda a população. Em que pese as inúmeras críticas ao Sistema Único de Saúde, não há como ignorarmos o fato que o tal sistema representa um enorme avanço no campo da saúde pública nacional, sendo certo que o mesmo não representará o ponto final da questão, fazendo na verdade parte um macrossistema em profundo aperfeiçoamento e evolução, a fim de atender os legítimos anseios da população.

Além de previsão constitucional o SUS também está inserido na Lei nº 8.080/90, que exhibe, além do epítome dos artigos constitucionais, as funções e objetivos do Sistema único de Saúde, que, notadamente consiste em dizer que tal sistema é integral, gratuito e universal.

3.2 Mínimo Existencial X Reserva do Possível e sua Aplicação na Saúde Pública

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Lenir Santos (2010, p. 18), diz que, para que uma pessoa possa ter dignidade, deve o estado garantir-lhe pelo menos o mínimo para sua subsistência. É direito constitucional e obrigação do Estado. Não há como se falar em dignidade sem que o Estado proporcione pelo menos o mínimo para que isso possa acontecer.

Segundo disserta Salomão Ismail Filho (2016, p. 128)

Ora, a proibição da insuficiência tem que ser interpretada como um conceito dinâmico, como um verdadeiro ponto de partida, e não como um local de chegada. A partir dela, a efetivação dos direitos fundamentais em sua perspectiva social, não se entendendo que a efetivação de tais direitos termine com ela e nem que tal postulado trate apenas de garantir um mínimo vital.

Como é cediço, o Estado deve garantir padrões mínimos existenciais no tocante aos direitos sociais, no qual se amolda o direito à saúde, sempre com a finalidade de garantir as básicas condições socioeconômicas que influenciam a saúde humana.

Conforme os ensinamentos de Silva (2010, p. 29):

Destarte, em tese, seria o caso de os poderes públicos assegurarem o respeito por um núcleo essencial, um patamar de conteúdo mínimo, com ações e projetos definidos, desde logo, no orçamento do governo. Tal patamar proibiria a insuficiência de direitos fundamentais básicos, a fim de garantir a dignidade humana. Suzana Tavares da Silva chega a se referir a uma “mochila da dignidade humana”, a ser garantida a cada indivíduo pelos governantes.

O Estado possui a missão de tutelar direitos individuais e metaindividuais, dentre eles, o objeto deste estudo que é o direito à saúde. Entretanto, existe um instituto jurídico que visa ponderar ou mesmo mitigar a obrigações estatal, conforme possibilidades multifatoriais, dentre elas as de caráter orçamentário.

Em apertada síntese, na lição de Andreas Krell apud Sarlet (2008, p. 29), a construção da Teoria da “Reserva do Possível” teve origem na Alemanha, notadamente a partir dos anos 70. Com essa nova visão que surgia à época, a Corte

Constitucional Alemã proferiu célere decisão que marcou a aplicação da Teoria da “Reserva do Possível”, que ficou conhecida como o caso “*numerus clausus*”, dado que discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs.

Segundo as lições de Ávila (2014, p. 291):

Segundo a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, estariam condicionados às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos e não pelo Judiciário, via de regra. Ou seja, cabe aos governantes e aos parlamentares – numa expressão do poder discricionário – a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas a serem implementadas na sociedade. Nesse diapasão, a Reserva do Possível passou a ser utilizada como justificativa para ausência Estatal, um forte argumento do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, de provedor das necessidades da sociedade, representada pelos direitos fundamentais ali descritos.

A cláusula da reserva do possível, que neste caso desobriga o poder público de atender pretensões que superem suas possibilidades, tem o fito de eximir o Estado de prestar serviços básicos, como saúde, por impossibilidade de recursos. No entanto, o direito à saúde possui status de direito fundamental, não podendo, ou pelo menos devendo ser tolhido pela cláusula da reserva do possível. Uma vez que no Brasil já não se tem padrões satisfatórios na prestação de assistência de saúde, minimizar a prestação em caráter coletivo, poderia constituir até mesmo em uma descontinuidade do serviço.

O Estado, o qual detém a parcela maior de poder, deve gerar sempre o bem-estar de todos e observar que a dignidade da pessoa humana esteja sempre assegurada, o que está absolutamente ligado ao mínimo existencial, para que se possa garantir possibilidade de subsistência dos seres humanos.

É missão estatal dar prioridade e garantir primeiramente o acesso às condições materiais mínimas de existência no tocante as áreas de saúde, educação, etc. Assim, após se envolver com as prioridades orçamentárias, poderá utilizar o resto dos recursos em outras áreas. Por isso que, no tocante à cláusula da reserva do possível, o direito à saúde deve ser tratado como prioridade. Conforme salienta ROSA (2014) Apesar da possibilidade de utilização da cláusula da reserva do possível, o Estado estaria frustrando um direito Constitucional de todos, à saúde.

Vale ainda ressaltar o Recurso Especial nº 1.185.474 - SC, cujo relator é o Ministro Humberto Martins, vejamos:

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

No julgamento do Recurso Especial supracitado, o Ministro Humberto Martins, alega que, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada como alforria para o administrador, não podendo passar por cima da dignidade da pessoa humana, pois nada justifica e legitima a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar.

Não é justificável então que se utilize a cláusula da reserva do possível para justificar uma não prestação ou uma prestação de má qualidade do serviço público de saúde, pois é dever e obrigação do Estado prestar serviço público de excelência. O mínimo existencial é indispensável para a garantia do respeito à dignidade humana. Todavia, por ser o direito à saúde umbilicalmente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, não pode ser tratado como apenas uma “cesta básica” em prestações estatais, pois, a ausência de padrões de saúde consideravelmente bons o risco de perder a vida é extremamente alto.

O binômio acima mencionado possui o condão de nortear a atuação do Estado frente a dilemas referentes à prestação da saúde. Se de um lado há um limitador que outorga o Estado a mitigar sua prestação em determinados casos de insuficiência orçamentária, por outro lado existe um padrão mínimo que não pode ser tolhido, sob pena de afronta a interesses fundamentais do cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, assim para que exista a responsabilidade do médico deverá estar presente os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, e a culpa, a qual pode ser exteriorizada através da negligência, imprudência e imperícia. Entretanto, o médico que atende pelo Sistema Único de Saúde, passa a ser “acobertado” pela responsabilidade objetiva. O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional.

A responsabilidade civil do médico no âmbito privado se modifica a depender da obrigação. Caso o médico tenha que atingir um resultado determinado a responsabilidade civil será objetiva, de outro modo, se a obrigação for de meio a responsabilidade será subjetiva e, portanto, deve-se verificar a culpa do agente.

Conforme apresentado neste estudo, traçou-se o caminho para a derradeira conclusão de que no âmbito público os Entes Federados se responsabilizam diretamente e solidariamente pelo erro médico e de forma objetiva, já o médico responde subsidiariamente e regressivamente após comprovada a sua culpa. (segue a regra do art. 14 de CDC). Caso a prestação do serviço tenha se dado em hospital privado credenciado ao SUS, cabe tão somente ao Município o ônus de ressarcir a vítima do erro médico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 13. ed. São Paulo: Método, 2017.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *A teoria da reserva do possível e as políticas públicas*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro. 2013.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_5603/.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. O SUS de A a Z: *garantindo saúde nos municípios / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde*. 3ª Ed. Brasília – DF: Ministério da Saúde, 2009;

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde no Brasil: contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa*. 2ª Ed. Brasília – DF: Ministério da Saúde, 2006;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.483 – PE. Recorrente: Manoel de Lima Barros e outros. Recorrido: Os mesmos. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2014. Disponível em: . Acesso em: 5 out. 2018;

Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 1931, de 17 de setembro de 2009).
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*–. São Paulo: Saraiva, 1999 – p 55 – vol.7

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DROPA, Romualdo Flávio. Erro Médico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

FILHO, Salomão Imsmail. *Mínimo Existencial: um conceito dinâmico em prol da*

dignidade humana. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana>> Acesso em 11/10/2018.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 6v.

GOMES, Júlio César Meirelles; França, Genival Veloso. *Iniciação a Bioética*, capítulo IV – Erro médico. 1998.

GOMES, Nathália Christina Caputo. *A importância do gerenciamento de risco para evitar erro médico*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57152&seo=1>>. Acesso em: 10 out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, Responsabilidade*. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V.7. p. 24

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil – V.04 – 13ª ed*. São Paulo. Saraiva 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MOLITERNO, Marcela Parpineli. *O Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro e a política de dispensação de medicamentos*. Rio de Janeiro. 2012

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21ª.ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3ª ed. revista ampl. atual com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8ª ed. Niterói. Impetus. 2014.

MENDONÇA, Júlia Reis. *A universalidade do direito à saúde e a escassez de recursos*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 21 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591179>>. Acesso em: 11 out. 2018

MORAES, Irary Novah. *Erro médico e a justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NETO, Miguel Kfoury Neto. *Responsabilidade Civil dos Hospitais* .3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2018

NETO, Miguel Kfourir Neto. *Responsabilidade Civil do Médico*. 9 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017

NETTO, Felipe Braga. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. 4. Ed. Salvador. Juspodivm. 2017.

NOGUEIRA, Marden de Carvalho. *Responsabilidade civil por dano estético decorrente de erro médico*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2014. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50975&seo=1>>. Acesso em: 9 out. 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em 07 de jul. de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Organização Mundial da Saúde (OMS). Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948. Disponível em: . Acesso em: 5 out. 2018;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo in GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. v. 5. São Paulo. Saraiva. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Nayana Machado Freitas. *Evolução histórica do direito à saúde face à atuação estatal e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50997&seo=1>>. Acesso em: 11 out. 2018.

SANTOS, Lenir. *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas – SP: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Suzana Tavares da. Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados. *Revista de Direito Público e Regulação*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 5, p. 129, mar-2010.

VÁZQUEZ ML. Erro médico em ginecologia e obstetrícia [monografia Internet]. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie [Citado 2010 maio 4].