

Planos de Saúde e Erro Médico

Responsabilidade Objetiva, CDC
e Jurisprudência Atual

Eduardo Daniel Pereira Neto

Planos de Saúde e Erro Médico

Responsabilidade Objetiva, CDC e
Jurisprudência Atual

Eduardo Daniel Pereira Neto

Fortaleza, 2025
Editora Integrada

Dados Internacionais de Catalogação na
publicação (CIP)
Catalogação na fonte

NETO, Eduardo Daniel Pereira. PLANOS DE
SAÚDE E ERRO MÉDICO: Responsabilidade
Objetiva, CDC e Jurisprudência Atual –
Fortaleza, CE. Editora Integrada, 2025.

Ebook
118 páginas

ISBN: 978-65-85488-82-2
Editora Integrada

1. Responsabilidade Civil 2. Erro médico 3.
Planos de Saúde 4. Responsabilidade Objetiva
5. Código de Defesa do Consumidor

CDU 342

CDD 340

Resumo

O estudo elaborado por Eduardo Daniel Pereira Neto apresenta uma análise abrangente da responsabilidade civil sob a perspectiva da saúde, articulando doutrina, legislação e jurisprudência. O mérito da obra está em conciliar duas vertentes: a responsabilidade individual, atribuída a médicos e planos de saúde, e a responsabilidade coletiva, ligada ao dever do Estado de garantir o direito à saúde como expressão do mínimo existencial.

No campo da responsabilidade civil médica, a pesquisa reafirma a distinção clássica entre obrigações de meio e obrigações de resultado, demonstrando que, em regra, a prática médica configura obrigação de meio, com responsabilidade subjetiva, dependente da comprovação de culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Em contrapartida, a cirurgia plástica estética exemplifica uma exceção, sendo a obrigação de resultado, impondo responsabilidade objetiva.

Quanto aos planos de saúde, o trabalho demonstra sua responsabilidade objetiva, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência consolidada do STJ. Destaca-se a importância do credenciamento médico como fator de vinculação contratual, tornando o plano corresponsável por erros de seus prestadores. Aqui, a obra contribui ao enfatizar a responsabilidade solidária entre plano e médico, o que assegura maior proteção ao paciente-consumidor.

A seção dedicada aos direitos sociais amplia o alcance do estudo, situando a discussão no âmbito constitucional. A contraposição entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial é tratada com clareza, reconhecendo-se o papel do ativismo judicial como mecanismo de efetividade do direito à saúde. Nesse ponto, a crítica é pertinente: embora o ativismo judicial relativize a separação dos poderes, é defendido como instrumento necessário para assegurar a dignidade da pessoa humana diante da omissão estatal.

A análise do Recurso Especial nº 1.019.404/RN e de outras decisões revela um cuidado metodológico de vincular teoria e prática, reforçando a utilidade do estudo para a compreensão do posicionamento dos tribunais brasileiros.

Em síntese, o trabalho contribui para o debate sobre a responsabilidade civil na saúde ao integrar perspectivas civilistas e constitucionais, destacando a necessidade de responsabilização tanto de agentes privados quanto do Estado. Sua principal virtude reside na defesa enfática da prevalência da dignidade da pessoa humana sobre limites orçamentários, reafirmando o compromisso constitucional com a efetividade do direito à saúde.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
3. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA.....	19
3.1. Responsabilidade Subjetiva.....	19
3.2. Responsabilidade objetiva.....	22
4. RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL.....	25
5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	32
5.1. Responsabilidade do médico por imprudência.....	36
5.2. Responsabilidade do médico por negligência.....	37
5.3. Responsabilidade do médico imperícia.....	38
6. REGULAMENTAÇÃO LEGAL DOS PLANOS DE SAÚDE.....	40
6.1. Credenciamento do médico ao plano de saúde.....	54
6.2. Contrato de plano de saúde.....	58
6.3. Contratos de planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor	59

6.4. Responsabilidade civil dos planos de saúde por erro de médico credenciado	62
7. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: Saúde, mínimo existencial e o limite relativo do princípio da reserva do possível.....	68
7.1. A eficácia dos direitos sociais com ênfase no Direito a Saúde.....	68
7.2. O mínimo existencial e suas implicações.....	70
7.3. O limite relativo do princípio da reserva do possível.....	74
8. ATIVISMO JUDICIAL X PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: Quem deve prevalecer?.....	82
8.1. O Ativismo Judicial em defesa dos direitos sociais se sobrepõe ao princípio da reserva do possível...	82
8.2. A posição da Egrégia Corte Brasileira frente ao tema.....	90
9. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.019.404 - RN (2007/0309531-5) E DO RECONHECIMENTO DO DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO... 	94
9.1. Relatório.....	98
10. CONCLUSÃO.....	103
11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS... 	114

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de esclarecer minuciosamente todos os pontos acerca da responsabilidade civil: doutrina, legislação e jurisprudência. No entanto, ver-se-á a aplicação da responsabilidade civil especificamente na área da saúde. Podemos distinguir, dessa forma, a aplicação da responsabilidade em duas vertentes, quais sejam, quando aplicada aos médicos e planos de saúde e a aplicada ao poder público na condição de garantidor da Saúde como um direito básico inscrito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. A reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária. O dano pode ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

Com relação aos médicos, ver-se-á que está responsabilização poderá se dar por imprudência, negligência ou imperícia. Quanto aos planos de saúde, desmonstrar-se-á que verifica-se que as empresas de planos de saúde, devem ater-se com zelo ao credenciar médicos, clínicas ou hospitais, pois, estas serão responsáveis pelos serviços que oferecerem. De tal forma que responde civilmente e objetivamente por danos causados pelos seus credenciados. Tem-se também a responsabilidade civil do poder público com relação ao direito básico de garantir a saúde, inscrito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Os Direitos Fundamentais estão consagrados na Constituição Federal de 1988. O Estado tem o dever, como sua função precípua, de garantir a todos independentemente de cor, raça, religião ou qualquer outra condição o princípio do mínimo existencial. O mínimo existencial está intimamente ligado com os direitos fundamentais, principalmente os sociais que visam a garantir a todo cidadão condições básicas para uma vida digna. Entretanto, sua eficácia tem sido comprometida. Muitas vezes o estado se omite, alegando como matéria de defesa o princípio da reserva do possível que está ligado a falta de dotações orçamentárias para o cumprimento do plano de políticas públicas que é a principal forma de executar os direitos sociais. Diante disso, surge o fenômeno do Ativismo Judicial em que o Poder Judiciário começa a impor o cumprimento das políticas públicas, interferindo na esfera do Poder

Executivo. Em que pese a importância da separação dos poderes consagrado no art.2º da nossa Carta Magna, quem deverá prevalecer? O Ativismo Judicial tentando resguardar o mínimo existencial ou o princípio da reserva do possível?

Todas essas questões serão abordadas através da discussão temática com a doutrina mais abalizada, sempre fazendo referência a atual disposição legislativa e por fim, demonstrando como juízes, tribunais de 2º grau e Tribunais Superiores tem se comportado com relação ao tema.

2.ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme doutrina majoritária são três os elementos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil subjetiva e o consequente dever de indenizar: a conduta, o nexo de causalidade e o dano. Em não havendo quaisquer dos requisitos, configurara estará a exclusão do dever de indenizar.

O primeiro dos elementos é a conduta do agente, aquele que pratica o ato. Pode esta ser comissiva ou omissiva animadas pelo dolo ou pela culpa. Existem hipóteses em que até mesmo condutas lícitas poderão gerar o dever de indenizar, se delas decorrerem dano. Ademais, pode um sujeito ser responsabilizado por atos de terceiro, conforme disposição do art. 932 do CC.

Quanto ao nexo de causalidade, nos dizeres de Flávio Tartuce este “constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém” (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Método: 2012, p. 356). Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho, “trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades. O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 70”).

O último dos elementos é o dano. Sem a efetiva ocorrência deste não há que se falar em responsabilidade. O dano é a “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva 2013, p. 82).

O dano admite varias classificações: patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que o primeiro se subdivide em danos emergentes e lucros cessantes; direto, indireto e reflexo.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

3.1. Responsabilidade Subjetiva

O Código Civil Francês foi o principal precursor da culpa na responsabilidade civil, influenciando diversos diplomas legislativos. No Brasil, por exemplo, o Código Civil de 1916 importou a noção de culpa:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Sobre o então vigente diploma, Orlando Gomes leciona que: “O direito pátrio baseia na culpa a responsabilidade delitual. Nenhuma dúvida se pode ter, com a leitura do art. 159, do Cód. Civil, de que aceitou a teoria subjetivista. Contudo, alguns escritores sustentam que, em certas disposições, acolheu a doutrina objetiva, como se verá adiante. O fato de ter sido consagrado o princípio da responsabilidade baseada na culpa não significa que, em nosso direito positivo, inexistam regras consagradoras da responsabilidade fundada no risco. Leis especiais, como dentre outras a de acidente de trabalho, adotaram a concepção objetiva”.

A culpa é constituída por três elementos: a voluntariedade do comportamento do agente (o atuação deve ser voluntária), previsibilidade (não pode extrapolar o campo da previsibilidade e ser enquadrado como caso fortuito, sob pena de quebrar o nexo de causalidade) e a violação do dever de cuidado (STOLZE, pág. 202).

Há ainda que se fazer menção ao que se chama da “culpa em sentido estrito”:

- a) Negligência: a falta do dever de cuidado, caracterizado por uma conduta omissiva.
- b) Imperícia: falta de aptidão para a realização de determinada atividade.
- c) Imprudência: falta de cautela onde o agente assume o risco de maneira desnecessária.

3.2. Responsabilidade objetiva

Segundo J.J. Calmon de Passos: “Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa (CALMON DE PASSOS, 2002).

O Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco, conforme se depreende do seu art. 927:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito 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.”

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

A atividade profissional é o conjunto de atos praticados por alguém durante o exercício de sua profissão, o que também qualifica a responsabilidade contratual.

Pablo Stolze divide as chamadas obrigações de meio e obrigação de resultado. Na primeira o profissional não garante o resultado esperado, ou seja, ele se compromete a realizar o trabalho para obter o melhor resultado, sem no entanto, qualquer garantia. Nesta categoria se enquadram, por exemplo, o advogado e geralmente o médico.

A obrigação do resultado, o contratado não só se compromete em realizar o objeto da melhor maneira possível, como também garante o resultado planejado. Segundo doutrina majoritária, a cirurgia plástica se enquadra como obrigação de resultado, no entanto se for reparatória, é obrigação de meio. Há, em ambos os casos, há responsabilidade civil subjetiva e a demonstração de culpa se faz necessária.

No presente trabalho, trás como escopo a vertente da responsabilidade civil dos planos de saúde por erro de médicos credenciados. Insta apreciar de forma concisa a relação de tais planos com os profissionais médicos contratados à prestação de serviços juntos aos seus cooperados.

Quando do erro evidente e danos causados por profissionais licenciados, a forma legal e propícia à reparação é o pleito por indenização na esfera judicial. É entendimento jurisprudencial pacífico, que as empresas de planos de saúde privados podem e devem ser responsabilizadas pela reparação de tais danos.

Inerente a matéria, torna-se forçoso o estudo das situações, onde se demonstra a responsabilidade objetiva dos planos de saúde e a responsabilidade subjetiva do profissional da medicina.

Em se tratando de erro de médico credenciado pelo plano de saúde, resta configurada a responsabilidade objetiva de tal plano, pois é devido ao consumidor/paciente a garantia de serviços prestados pelos profissionais contratados.

No que tange ao cooperado, por questão de opção, buscar serviços de médicos não conveniados ao plano contratado, resta apenas à apreciação da responsabilidade subjetiva do profissional escolhido no caso de erro médico. Neste caso, não implicará na vertente da apreciação da responsabilidade do plano de saúde, pois, este não indicou o profissional ao cooperado.

Os planos de saúde devem dispor de profissionais especializados em cada área da medicina, ou na falta deste, deverá indicar o profissional ao cooperado que necessita de algum serviço especializado. Assim, em observância o caso *in concreto*, mister a observância de disponibilização de serviços em toda área geográfica de cobertura do plano contratado.

Outrora, a doutrina entendia pela não responsabilização de forma objetiva dos planos de saúde, porém, as circunstâncias vivenciadas hodiernamente, de casos de erros, médicos trouxe a baila a necessidades de estudos mais aprofundados para resolução das mesmas.

Compete ressaltar, a responsabilidade solidária entre plano de saúde e o médico prestador do serviço a responder pelos danos causados, pois se observam as características do plano como seguro de saúde prestador do serviço contratado e a do médico como autor material dos serviços prestados. Optando o paciente "vítima do dano" pela responsabilização somente do plano de saúde, esta será apreciada sob a forma objetiva, por outro lado, optando pela responsabilização do profissional médico, esta será apreciada sob a forma subjetiva. Frisa-se, portanto, que na forma da lei há de responsabilizar tanto plano de saúde quanto médico credenciado pelo dano causado ao paciente cooperado.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O médico em sua área deve ser conhecedor da ciência para dar segurança ao seu paciente, porém, não compete ao médico dar a certeza da cura e sim desempenhar por todos os meios possíveis a satisfação do resultado satisfatório. Desta feita, a atividade médica no aspecto curativo resta em uma obrigação de meio, a qual não promete um resultado definido e sim a busca pelo resultado desejado.

O médico como profissional liberal que é e não obrigado a uma obrigação de resultado está submetido a responsabilidade subjetiva, desta feita, compete a vítima provar que o médico agiu com culpa observando se de forma imprudente, negligente ou imperita ou até mesmo se agiu dolosamente. Provado a culpa ou o dolo, restará ao médico o dever de indenizar a vítima pelo dano causado.

Existem algumas situações em que o médico assume uma obrigação de resultado, é o caso do cirurgião plástico que se compromete a uma obrigação embelezadora. Nesses casos o paciente espera por um resultado satisfatório de acordo com o prometido pelo médico, firmando-se porquanto em uma obrigação de cunho objetivo.

A relação médico-paciente se assinala como uma obrigação contratual, porém, a legislação pátria trata de forma especial a atividade médica de modo que não se pode exigir do primeiro o cumprimento do contrato com o fim “cura”, e sim, poderá exigir o cumprimento do contrato de forma a compelir ao médico utilizar de todos os meios necessários a obtenção da cura.

Por outro lado, inexistindo contrato que estabelece as condições técnicas para o desenvolvimento da atividade médica, e de igual modo, pelo que poderá o paciente desconhecer dos procedimentos adotados ou deixar o médico de passar informações acerca do estado de saúde do paciente, em caso de dano nasce o instituto da obrigação extracontratual derivada da conduta.

Conforme visto, a responsabilidade subjetiva, tanto pode se assentar sob uma relação contratual estabelecida entre médico e paciente ou a responsabilidade extracontratual embasada em um pressuposto legal.

Tanto da responsabilidade contratual quanto na responsabilidade extracontratual, ficando provado que o médico tinha condições de fazer e não o fez ou de não fazer e o fez, por culpa ou por dolo, terá o profissional da medicina o dever de arcar com as consequências de seu ato, omissivo ou comissivo e indenizar a vítima no montante do dano, seja na esfera material ou na esfera moral.

Preponderante a análise dos fatos, resta ao juiz averiguar a gravidade e em que circunstâncias se deu o efeito danoso, com a consequente responsabilização do causador do dano.

5.1. Responsabilidade do médico por imprudência

A imprudência do médico se confirma com a má prática da atividade desempenhada de forma que não tenha usado de cautela necessária resultando em dano ao paciente.

5.2. Responsabilidade do médico por negligência

É negligente o médico que praticou a atividade sem observar as normas, os cuidados necessários e as técnicas aplicáveis ao caso in concreto resultando em dano ao paciente. É exemplo de negligência: abandono de paciente, prescrição de medicação por telefone sem conhecer o estado clínico do paciente, operações prematuras etc.

A negligência também poderá ser evidenciada pelo fato de o agente se evadir da obrigação que lhe é imposta, no caso deveria ter agido e não o fez. Desta feita a conduta negativa do agente caracterizará a negligência. Como exemplo tem-se o caso de retardamento de um parto que venha a causar a morte do feto ou genitora.

5.3. Responsabilidade do médico imperícia

A imperícia médica se caracteriza pela falta de conhecimento específico do médico em matéria específica, a exemplo um clínico geral que realiza cirurgia plástica e tal ato gera em consequências graves ao paciente, gerando o dever de indenizar, pois o clínico geral não possui a habilidade na matéria, de forma que não poderia sem a especialização realizar tal cirurgia.

De uma forma clara, a imperícia é a falta de observação das normas primárias que conduzem um determinado procedimento ou até mesmo o desconhecimento da matéria por parte daquele que a pratica.

Para garantir a eficácia da prática da medicina o Código de Ética do médico, exige o aprimoramento dos profissionais da área, consubstanciado no fato deste não cair no desleixo da desatualização, de forma que, poderá acarretar ao profissional a responsabilidade civil por danos causados devido a imperícia no ato praticado.

6.REGULAMENTAÇÃO LEGAL DOS PLANOS DE SAÚDE

Os planos de saúde privados na década de 80 já eram amplamente utilizados no Brasil, nesse sentido, já contemplados sua política instituidora na Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, precisamente em seu artigo 197:

“Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Mesmo contemplado o favorecimento da iniciativa privada no tocante a implantação dos planos de saúde pelo setor privado, ainda careciam de Lei específica que atentasse à regulamentação do ramo. Nesse sentido, foi promulgada a Lei 9.656/98, que definiu as regras para o funcionamento do setor.

O conceito de planos de saúde está intrinsecamente disposto na Lei, 9.656/98, caracterizado na forma prescrita, a saber:

“Lei 9.656/98, artigo 1º, nos incisos I e II: Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (grifo nosso).”

A ANS foi instituída primeiramente pela Medida Provisória nº 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999 e consagrada posteriormente pela Lei nº 9.961/2000, é autarquia sob o regime especial, possuindo poderes legislativos e judiciais. É ligada ao Ministério da Saúde, sua sede é na cidade de Brasília - DF, podendo sustentar unidade administrativa em todo território nacional com a função de organizar, regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades à garantia da assistência acessória à saúde, por meio da iniciativa privada, imperioso trazer a baila algumas das diversas atribuições de competência da ANS:

“(...) propor políticas ao Conselho de Saúde Suplementar (CONSU); aferir controle de qualidade dos serviços prestados pelas operadoras, podendo credenciá-las e descredenciá-las; estabelecer parâmetros de qualidade e cobertura de assistência à saúde; autorizar reajustes;; autorizar registros dos planos de assistência à saúde; fiscalizar as operadoras. (ALMEIDA, 2007, P. 72)”

O Conselho de Saúde Suplementar – CONSU foi criado através do art. 35-A da Lei 9.656/98 modificando a previsão original da lei referente ao Conselho Nacional de seguros Privados – CNSP. O CONSU possui competência para deliberar sobre ações relacionadas à prestação de serviço de saúde suplementar nos seus aspectos sanitário, médico e epidemiológico.

Em que pese a regulamentação dos planos de saúde, estar disposta em Lei específica, há que se ressaltar, que concernente aos planos já existentes a vigência da Lei, a estes devem ser aplicadas as normas gerais esculpidas no Código de Defesa do Consumidor.

Com a instituição da nova lei regulamentadora, os contratos anteriores a esta, deveriam ser adaptados de acordo com o novo modelo e regulamento. O ocorrido, é que as empresas fornecedoras dos serviços de planos de saúde, questionaram a inconstitucionalidade da adaptação dos contratos anteriores a adaptação das novas regras.

Nesse sentido esclarece a ANS em artigo publicado:

“Segundo o texto original da Lei 9.656/98, os contratos de prestação de assistência à saúde assinados antes da regulamentação do setor deveriam ser adaptados às novas regras em 90 dias da obtenção, pela operadora, da autorização de funcionamento. Em menos de 30 dias da aprovação da Lei dos Planos de Saúde, esse prazo foi dilatado para 15 meses da vigência da lei, em vista da impossibilidade de consecução por, inevitavelmente, acarretar aumento de preço em função da ampliação de cobertura assistencial, como determinado no texto legal. Pouco antes da conclusão do prazo definido na MP 1.685-1, a adaptação obrigatória dos contratos foi transformada em opção do consumidor pela MP 1.908-17.

Desta forma, os contratos antigos passaram a ter validade por tempo indeterminado sem que, sob qualquer hipótese, pudessem ser transferidos a terceiros ou comercializados. O tema adaptação dos contratos voltou a ser intensamente debatido em 2003, após a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) proferindo, em caráter liminar, despacho favorável à Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 1.931-98 impetrada pela Conferência Nacional de Hospitais e Estabelecimentos de Saúde (CNS) -, que questionou a constitucionalidade de retroatividade da Lei 9.656/98. Ficou definido, então, que os planos antigos só seriam obrigados a cumprir o que consta no contrato. Até que, em dezembro de 2003, a ANS

instituiu o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos com o objetivo de estimular a adequação dos contratos de planos de saúde firmados até 2 de janeiro de 1999, às regras e direitos assegurados pela Lei 9.656.

Para incentivar a adaptação de contratos de planos de saúde às novas regras, asseguradas pela Lei 9.961/2000 cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que por sua vez, fixa por meio da Lei 10.850/2004, as diretrizes para a implantação do Programa de Incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei 9.656/98.

**LEI Nº 10.850, DE 25 DE
MARÇO DE 2004.**

Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 148, de 2003, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Inocêncio Oliveira, Primeiro Vice-Presidente da Mesa do Congresso Nacional, no exercício da Presidência, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, combinado com o art. 12 da Resolução nº 1, de 2002-CN, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS, na defesa do interesse público no setor de saúde suplementar, a definição de ações para instituição de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos de planos privados de assistência à saúde firmados até 2 de janeiro de 1999, com o objetivo de facilitar o acesso dos consumidores vinculados a esses contratos a garantias e direitos definidos na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Art. 2º As ações de incentivo de que trata esta Lei serão definidas por normas específicas da ANS, considerando as seguintes diretrizes gerais:

I - revisão de contratos, procedendo-se às devidas alterações de cláusulas contratuais em vigor, por meio de termos aditivos;

II - viabilização de migração da relação contratual estabelecida para outro plano da mesma operadora; e

III - definição de linhas gerais para execução de planos especiais de adaptação, de implementação facultativa ou obrigatória, determinando forma, condições e exigências específicas a serem observadas para carências, reajustes, variação de preço por faixa etária, cobertura obrigatória, doenças e lesões pré-existentes, e outras condições contratuais previstas na Lei nº 9.656, de 1998, bem como as rotinas de apresentação desses planos especiais, e as variações de preço por índice de adesão e outras variáveis que poderão estar contidas nas propostas oferecidas aos usuários.

§ 1º Para os planos coletivos empresariais, a ANS poderá prever a implementação parcial ou gradativa da extensão de cobertura prevista nos arts. 10, 10-A e 12 da Lei nº 9.656, de 1998, bem como a alteração da data-base para reajustes.

§ 2º Para as operadoras de planos de assistência à saúde, cujo número de beneficiários for inferior a dez mil e que não tenham em operação planos comercializados após 2 de janeiro de 1999, a ANS poderá definir condições especiais de oferecimento aos consumidores de alteração contratual para incorporação parcial das regras contidas na Lei nº 9.656, de 1998.

Art. 3º Será garantido ao consumidor o caráter facultativo da adesão aos planos especiais, ficando as operadoras obrigadas a manter em operação todos os contratos não adaptados.

Parágrafo único. Nas hipóteses de infração a dispositivo contratual, as operadoras permanecem sujeitas à fiscalização da ANS e à aplicação das penalidades previstas no art. 25 da Lei nº 9.656, de 1998.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 25 de março de 2004; 183 o da Independência e 116 o da República.

**Deputado
INOCÊNCIO OLIVEIRA.
Primeiro Vice-Presidente da
Mesa do Congresso Nacional,
no exercício da
Presidência[21]**

Tal projeto de incentivo foi criado visando de justa forma respeitar o equilíbrio de valores, garantidos pela Constituição Federal, que resguardem a livre concorrência e a defesa do consumidor, observando o equilíbrio contratual, de forma a não privilegiar alguns consumidores em detrimento da coletividade. Implica que qualquer ação em contrário pode vir a causar prejuízo à operadora de plano de saúde incorrendo na liquidação extrajudicial da mesma.

6.1. Credenciamento do médico ao plano de saúde

O Conselho de Saúde Suplementar - instituído pela Lei nº 9.656, de 1998 - dispõe em seu artigo 35-A, inciso IV, quanto ao credenciamento de serviços médico-hospitalares junto aos planos de saúde, tais serviços são previamente selecionados pela empresa de plano de saúde que determinará os critérios de para o credenciamento sob a fiscalização do CONSU.

“Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para deliberar sobre questões relacionadas à prestação de serviços de saúde suplementar nos seus aspectos médico, sanitário e epidemiológico e, em especial:

I - regulamentar as atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde no que concerne aos conteúdos e modelos assistenciais, adequação e utilização de tecnologias em saúde;

II - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto nesta Lei;

III - fixar as diretrizes para a cobertura assistencial;

IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

VI - fixar, no âmbito de sua competência, as normas de fiscalização, controle e aplicação de penalidades previstas nesta Lei;

VII - estabelecer normas para intervenção técnica nas operadoras;

VIII - estabelecer as condições mínimas, de caráter técnico-operacional dos serviços de assistência à saúde;

IX - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde;

X - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas empresas de assistência médica complementar

XI - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;

XII - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistente;

XIII - qualificar, para fins de aplicação desta Lei, as operadoras de planos privados de saúde;

XIV - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31;

XV - outras questões relativas à saúde complementar.

§ 1º. O CONSU terá o seu funcionamento regulado em regimento interno.

§ 2º. A regulamentação prevista neste artigo obedecerá às características específicas da operadora, mormente no que concerne à natureza jurídica de seus atos constitutivos.”

Desta feita, verifica-se que as empresas de planos de saúde, devem ater-se com zelo ao credenciar médicos, clínicas ou hospitais, pois, estas serão responsáveis pelos serviços que oferecerem. De tal forma que responde civilmente e objetivamente por danos causados pelos seus credenciados.

O Conselho Saúde Suplementar, por meio da Resolução nº 15, publicada no Diário Oficial nº 59 em 29/03/1999, resolve alterar dentre outras a resolução nº 5 do CONSU de 03 de Novembro de 1998, posto que define:

“III - Na Resolução CONSU nº 5, que trata das Autogestões:

Art. 3º - A contratação de sua rede credenciada e referenciada de serviços e a administração de sua rede própria, deverão ser realizadas de forma direta, só sendo permitida a terceirização através de convênios de reciprocidade com entidades congêneres ou em regiões com dificuldade ou carência de contratação direta. [23]”

6.2. Contrato de plano de saúde

Para efeitos esclarecedores, existem dois grandes grupos de contratos de assistência médica os quais podem ser subdivididos. Tais contratos de grupos são definidos como: contrato de grupo fechado e contrato de grupo aberto.

O contrato de grupo fechado, não permite ao contratante a livre escolha do profissional médico ou instituição que lhe irá prestar diretamente o serviço, ficando a mercê de o paciente optar somente por profissionais e instituições previamente credenciados junto ao plano de saúde.

Já o contrato de grupo aberto, possibilita ao paciente contratante a livre escolha do profissional e instituição à prestação direta do serviço, limitando a empresa contratada somente a compensação dos valores provenientes dos serviços realizados pelo profissional associado.

6.3. Contratos de planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor

As disposições não constantes em Lei específica, no que tange as relações contratuais inerentes aos planos de saúde, são reguladas pela Lei. 8.078, de 11/9/1990, assentado sob a responsabilidade objetiva, enfatizando que a obrigação assumida pelos planos de saúde é de resultado.

Por oportuno infere-se que o Código de Defesa de Consumidor, consubstanciado pelo fato de que o consumidor-paciente é considerado parte mais fraca na relação contratual, rege as normas pertinentes a tal relação de consumo.

Levando em consideração a vulnerabilidade do contratante de planos de saúde, no caso de contratos de adesão e com cláusulas abusivas, a interpretação da matéria será feita de maneira mais favorável ao consumidor.

Em previsão de ocorrência de cláusulas abusivas em contratos de adesão, geralmente deparados nos contratos de planos de saúde, o Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1.401, estabelece que:

(...) as empresas contratantes de seguro-saúde estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Saúde, assim, constitui cláusula abusiva aquela que exclui dos contratos doença que deveria cobrir.

Um exemplo de cláusulas abusivas verifica-se naquela em que o plano de saúde se esquivava da responsabilidade no caso de erro provocado por seus indicados à realização dos serviços oferecidos aos seus contratantes, no caso o paciente.

6.4. Responsabilidade civil dos planos de saúde por erro de médico credenciado

As empresas de planos de saúde são responsáveis pelos profissionais e clínicas que indicam, até mesmo, porque, tais profissionais passam por um processo de credenciamento, cujo, os critérios são definidos pela empresa de plano de saúde, respeitando o disposto no regulamento do Conselho de Saúde Suplementar.

Os direitos do consumidor aplicados nas relações de consumo do caso em tela devem ser consubstanciados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

“São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;"

O ordenamento jurídico brasileiro, visando dar proteção ao consumidor considerado a parte mais frágil nas relações de consumo, contemplou no Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, no mesmo sentido, o que é omissso em Lei específica, é regido no Código Civil de 2002.

Salienta-se que agregado ao fato de ser a responsabilidade dos planos de saúde objetiva como fornecedora de serviços que é, todo procedimento médico-hospitalar somente é liberado ante a autorização da administradora do plano de saúde, o que mais uma vez reforça a tese da responsabilidade objetiva. Nesse diapasão os tribunais têm o seguinte entendimento:

Nada obsta que o paciente vitimado, acione solidariamente o plano de saúde o médico prestador direto do serviço e o hospital credenciados, pois todos são concorrentemente responsáveis solidários à reparação do dano causado.

Por fim, incorre em advertir, que a responsabilidade objetiva intrínseca nas relações de consumo, somente se aplicará aos planos de saúde, quando seus contratantes-pacientes-consumidores, valessem de serviços médico-hospitalares credenciados pelo plano de saúde e indicados por estes. Caso contrário, se o usuário do plano de saúde utilizar-se de serviços de rede médica-hospitalar não indicada e/ou credenciada pelo plano de saúde, restará tão somente ao consumidor o reembolso das despesas efetuadas.

7.A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: Saúde, mínimo existencial e o limite relativo do princípio da reserva do possível

7.1.A eficácia dos direitos sociais com ênfase no Direito a Saúde

O Professor Ingo Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos direitos fundamentais”, aponta para a relevância econômica que os direitos sociais adquirem para que possam ser cumpridos. Isso se deve ao fato, principalmente, deles serem direitos prestacionais em que os Estado assume uma obrigação de distribuição e redistribuição, assim como a criação de bens materiais como políticas públicas.

Como bem explicitado pelo eminente jurista Ingo Wolfgang Sarlet, todos os direitos fundamentais possuem de certo modo uma relevância econômica. Destaca-se ainda mais os direitos sociais, pois estão intimamente ligados ao Estado. Não é à toa que são chamados de direitos prestacionais, direitos negativos que exigem uma atuação do Estado. Enquanto nos direitos fundamentais de primeira geração o Estado se concentra em não intervir, nos de segunda, sua atuação é constante a favor do cidadão.

Nesse sentido, os direitos sociais, com destaque para o Direito à Saúde, visam garantir ao indivíduo condições básicas que o permitam viver com dignidade, por isso, estes direitos elencados principalmente no art. 6º da Carta Magna estão intimamente ligados ao mínimo existencial.

O mínimo existencial é algo que está intrinsecamente ligado com a dignidade da pessoa humana, ele se encarrega justamente de definir o que seria estes quesitos capazes de garantir a dignidade de cada indivíduo. Por isso, diz-se que ele vincula o Estado ao particular, pois quem efetivará e quem deverá garantir estes quesitos é o Estado que em troca dos direitos dá deveres aos cidadãos como o pagamento dos tributos. Em excelente artigo sobre o assunto Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, Revista da Faculdade de Direito de Campos) aduzem:

“As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito. Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo.”

Entretanto, a questão não é tão simples. O Estado enfrenta sérias controvérsias quanto a definição de quais as prestações são indispensáveis, e pior: é possível efetivar todas? Se não, qual escolher então? Qual abdicar? Ainda no mesmo artigo, Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, Revista da Faculdade de Direito de Campos):

“Enfim, a questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias como, por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial, dentre outros.

Toda essa discussão tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recurso e traz à tona a indagação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? Como compaginar objetivos diversos cujo cumprimento simultâneo resulta problemático? Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto muitas vezes em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como arbitrar entre eles? Trata-se do problema da escassez entendida como incapacidade de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. Este problema existe realmente? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?”. Para responder a tais questionamentos, devemos enfrentar o limite relativo do princípio da reserva do possível.”

7.3. O limite relativo do princípio da reserva do possível

Os direitos sociais são eminentemente prestacionais que precisam de verbas públicas para que possam ser efetivados. Contudo, há um Plano Plurianual, uma Lei de Diretrizes Orçamentárias e uma Lei Orçamentária Anual para prever todos esses gastos que devem obrigatoriamente estar inclusos, pois, é papel fundamental, básico do Estado garantir ao menos esses direitos. Há um limite? O Estado pode alegar como argumento pelo não cumprimento de algum desses direitos fundamentais a falta de dotação orçamentária?

“Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado(assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de

disposição por parte do
destinatário da norma”
(SARLET, 2012. P.287. “grifo
nosso”).”

Conforme ilustre Professor Doutor Ingo Sarlet (2012, P.288-289), o princípio da reserva do possível não é parte integrante dos direitos fundamentais, mas sim um limite altamente relativo jurídico, e que poderá atuar também para resguarda-los em certas situações:

“Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrado no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”

Cumpra anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Lopes Olsen (2008, P. 213):

“É uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.”

Por fim, tendo em vista todas as considerações tecidas que embora reconheçam as limitações representadas especialmente pela reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais, é questionável até que ponto estes aspectos tem a capacidade de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos. Chega-se a um ponto em que o Judiciário, para ter suas decisões efetivadas, invade a esfera administrativa, invade a reserva do possível a fim de obrigar o Estado a cumpri-las minuciosamente. Nesses casos, temos de um lado o Judiciário impondo suas decisões e invadindo em esferas que não são da sua competência (ativismo judicial) e do outro o Estado, que alega a reserva do possível.

8. ATIVISMO JUDICIAL X PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: Quem deve prevalecer?

8.1. O Ativismo Judicial em defesa dos direitos sociais se sobrepõe ao princípio da reserva do possível

De um lado o Judiciário tenta a todo custo fazer com que o Estado, mais especificamente o Executivo, cumpra com suas diligências. Do outro lado, o poder Executivo alega que há o interesse em cumprir suas alegações, mas não há dotação orçamentária, alega como maior defesa o princípio da reserva do possível. Qual argumento deve prevalecer?

É cediço que o nosso sistema constitucional é composto pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que têm a função precípua de ponderar quando há o conflito de direitos fundamentais, e é preciso de algum modo que um deles se sobreponha ao outro a fim de que a escolha, nesse caso, seja na verdade a que traga menos prejuízos, pois quando falamos de direitos fundamentais, a própria definição do termo sugere perdas quando temos que suprimir algum deles.

Para elucidar a discussão, far-se-á análises de alguns julgados, a começar pelos embargos de declaração em apelação cível no TJ-RN:

PROCESSUAL CIVIL.
 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
 EM APELAÇÃO CÍVEL. PRÉ-
 QUESTIONAMENTO.
 INOVAÇÃO PARCIAL DA TESE
 DEFENSIVA.
 IMPOSSIBILIDADE.
 PRECEDENTES DO STJ.
 OMISSÃO QUANTO
 PRONUNCIAMENTO SOBRE
 OS ARTS. 2º, 37, XXI, E 167 DA
 CF. POSSIBILIDADE DE
 INTERVENÇÃO DO PODER
 JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS
 PÚBLICAS EM CASO DE
 OMISSÃO OU ABUSIVIDADE
 GOVERNAMENTAIS.
 INEXISTÊNCIA DE
 DETERMINAÇÃO DE
 REALIZAÇÃO DE COMPRA
 SEM LICITAÇÃO. MODO DE
 CUMPRIMENTO DE ORDEM
 JUDICIAL QUE COMPETE AO
 OBRIGADO. FALTA DE
 DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.
 ÔNUS DA PROVA DO RÉU.
 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
 PARCIALMENTE
 CONHECIDOS E, NESSA
 PARTE, DESPROVIDOS.
 CONSTITUCIONAL E
 PROCESSUAL CIVIL.
 APELAÇÃO CÍVEL.
 FORNECIMENTO DE
 MEDICAMENTO DE ALTO
 CUSTO. PREJUDICIAL DE
 NULIDADE DA SENTENÇA
 POR DEFEITO NA FORMAÇÃO

DO PÓLO PASSIVO.
INCLUSÃO DA UNIÃO E DO
MUNICÍPIO.

RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA DO PODER
PÚBLICO. ATRIBUIÇÃO A
QUALQUER ENTÉ DA
FEDERAÇÃO. **PESSOA SEM
RECURSOS FINANCEIROS.
DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE. AUSÊNCIA DE
VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
DA LEGALIDADE
ORÇAMENTÁRIA E DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES.
PREVALÊNCIA DO DIREITO À
VIDA E À SAÚDE.
OBRIGAÇÃO QUE SE IMPÕE
AO ESTADO. PRECEDENTES.**

1. É obrigação do Estado
(União, Estados-membros,
Distrito Federal e Municípios)
assegurar às pessoas
desprovidas de recursos
financeiros o acesso à
medicação ou congênere
necessário à cura, controle ou
abrandamento de suas
enfermidades, sobretudo as
mais graves. Sendo o SUS
composto pela União,
Estados-membros e
Municípios, é de reconhecer-
se, em função da
solidariedade, a legitimidade
passiva de qualquer deles no
pólo passivo da demanda
(RESP 719716/SC, DJ

05/09/2005, Min. Relator Castro Meira). 2. Apelo conhecido e desprovido.(fls. 88/89) (TJ-RN - ED: 8932 RN 2009.008932-6/0001.00, Relator: Des. Dilermando Mota, Data de Julgamento: 13/04/2010, 1ª Câmara Cível, “grifo nosso”)

Como se depreende da decisão, o Tribunal entendeu que o direito fundamental a saúde e a vida prevalecem perante a falta de dotação orçamentária e que há ausência de violação aos princípios da legalidade orçamentária e da separação de poderes.

Analisar-se-á mais um julgado também referente ao direito à saúde (direito fundamental de 2º geração) que se deu no TJ-MA:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRADO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR PARA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. MÍNIMO EXISTENCIAL DEVE PREVALECER SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROVIMENTO DO RECURSO À UNANIMIDADE DE VOTOS. I - O presente Agravo Regimental tem por escopo desconstituir decisão que CONCEDEU liminar no bojo do Mandado de Segurança nº 006006-2009. II- Quando da análise da liminar pleiteada, houve a demonstração cabal da presença dos requisitos autorizadores para concessão da medida pleiteada. III- Direito a saúde é dever do Estado estabelecido na Carta Magna. IV- Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que devem prevalecer sobre o Princípio da Reserva do Possível. IV- Improvimento do recurso à unanimidade de votos. (TJ-MA - AGR: 83222009 MA, Relator: NELMA SARNEY COSTA, Data de Julgamento: 26/05/2009, SAO LUIS, "grifo nosso")

Mais uma vez, nossos operadores do direito se inclinam a rechaçar que, pelo menos no âmbito da saúde e da vida, o princípio da reserva do possível prevaleça. Tem sido assentado na jurisprudência brasileira, como demonstrado com os julgados de vários tribunais de justiça das mais diferentes regiões do país que o entendimento de que o poder do Judiciário de impor o cumprimento de políticas públicas é mais forte que o princípio da reserva do possível. É cediço que o Estado tem vários mecanismos para programar os seus gastos. Há o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Todos os gastos básicos, isso inclui os direitos sociais, devem estar previstos nesse plano orçamentário. Dessa forma, tem-se negado de forma praticamente unânime nos tribunais a alegação do princípio da reserva do possível como matéria de defesa e a ofensa ao princípio da separação de poderes. De certo modo, a

imposição do Judiciário ao Executivo do cumprimento de suas diligências acaba invadindo na esfera desse poder. Entretanto, ao ponderar a situação mediante o princípio da proporcionalidade e razoabilidade acaba-se por permitir essa interferência em detrimento de valores mais altos como a vida, a saúde e a educação.

8.2. A posição da Egrégia Corte Brasileira frente ao tema

Para o STF a reserva do possível envolve a “insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária”, não podendo ser invocada “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”. Além disso, ainda na visão da Suprema Corte, não pode a alegação da reserva do possível servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial

É de amplo conhecimento, como supracitado, que o poder público possui leis orçamentárias (o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual) que visam, justamente, organizar todo o orçamento público. Desse modo, é essencial que o Estado insira, no mínimo, os direitos básicos que garantam o piso vital mínimo da sociedade.

Para finalizar, traz-se a posição do Supremo Tribunal Federal em importante julgado a respeito do tema:

**(...) A CONTROVÉRSIA
PERTINENTE À “RESERVA DO
POSSÍVEL” E A
INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO
EXISTENCIAL: A QUESTÃO
DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.**

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei

Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (AgR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011, “grifo do autor”).

9. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.019.404 - RN (2007/0309531-5) E DO RECONHECIMENTO DO DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO

Como cedição, o profissional médico assume um autêntico contrato com o paciente, caracterizado pela obrigação de prestação de serviços destinado ao tratamento clínico deste. Verifica-se, no entanto, que a obrigação assumida pelo médico tem natureza de vínculo obrigacional de “meio” e não de “resultado”, abrangendo os recursos empregados para tratar eventual doença/enfermidade, mas não a cura do paciente.

Contudo, conforme se depreende do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, Todavia, os médicos serão responsabilizados civilmente uma vez comprovada a sua imprudência, negligência ou imperícia, isto é, o seu incurso em ato lesivo mediante culpa.

Desse modo, é imperioso observar que o erro profissional médico decorrente das três modalidades culposas ora citadas, será alvo de responsabilização, passível de indenização por dano moral.

Nesse contexto, cabe ressaltar que existindo vínculo empregatício dentre os médicos e hospitais ou clínicas, as casas de saúde também responderão, porém, de forma objetiva, como prestadora de serviços, pelos atos praticados pela sua equipe médica, desde que comprovada a culpa, de acordo com a previsão do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, reconheceu a ilegitimidade passiva da Clínica Ortopédica e Traumatológica de Natal Ltda., à vista da inexistência de vínculo dentre os profissionais médicos e a casa de saúde; assim como a existência do dano moral perpetrado pelos médicos em desfavor da autora, mantendo o *quantum* indenizatório fixado pelo juízo *a quo*.

Para ilustrar a hipótese analisada, cabe a transcrição da ementa da decisão:

PROCESSO CIVIL E CIVIL.
INDENIZAÇÃO. DANOS
MORAIS. ERRO MÉDICO.
VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E
458 DO CPC. INEXISTÊNCIA.
RESPONSABILIDADE DO
HOSPITAL AFASTADA.
COMPROVAÇÃO DO DANO.
SÚMULA N. 7/STJ. QUANTUM
INDENIZATÓRIO. REVISÃO.
IMPOSSIBILIDADE.
DIVERGÊNCIA
JURISPRUDENCIAL. BASES
FÁTICAS DISTINTAS. 1. Não há
por que falar em violação dos
arts. 131 e 458 do CPC quando
o acórdão recorrido dirime, de
forma expressa, congruente e
motivada, as questões
suscitadas nas razões recursais.
2. **Nas hipóteses de dano**
decorrente de falha técnica
restrita ao profissional
médico, mormente quando
este não tem nenhum vínculo
com a clínica - seja de
emprego, seja de mera
preposição -, não cabe atribuir
ao hospital a obrigação de
indenizar. 3. É inviável, em sede
de recurso especial, revisar a
orientação perfilhada pelas
instâncias ordinárias quando
alicerçado o convencimento do
juiz em elementos fático-
probatórios presentes nos autos
- interpretação da Súmula n. 7
do STJ. 4. Não se conhece da

divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 1019404-RN 2007/0309531-5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE: 22/03/2011, T4 - QUARTA TURMA) (**grifo nosso**)

9.1. Relatório

Inicialmente, reportamo-nos ao contexto fático em que inserida a decisão em análise. É fato que, o recurso especial, interposto ao Superior Tribunal de Justiça, emanou da ação de indenização, promovida por Francisca Elma da Costa Andrade, em desfavor da Clínica Ortopédica e Traumatológica e Natal Ltda. e dos médicos Herbert Clement Dore e Luís Rodrigues da Silva Filho.

Observa-se, que a petição inicial pleiteava a indenização por danos materiais e morais em razão de afetação do estado de saúde da parte autora ocasionada por cirurgia praticada pelos profissionais em questão, na Clínica ré, reconhecendo a existência de erro médico e possibilidade de responsabilização destes.

Em apertada síntese, a autora sentindo fortes dores na região lombar da coluna vertebral, foi submetida a exame de tomografia computadorizada, tendo por diagnóstico instabilidade lombo-sacra, dada a existência de hérnia de disco lateral esquerda na região L5-S1 da coluna, razão pela qual foi realizada intervenção cirúrgica pelos profissionais médicos retrocitados. Cabe ressaltar que ambos os profissionais não pertenciam ao corpo médico regular da Clínica, mas que a cirurgia ocorreu nas suas imediações.

Quando do pós-cirúrgico, a autora continuava a queixar-se de dores, o que incentivou a parte a realização de novo exame, pelo qual foi diagnosticada novamente a existência e hérnica discal foramino-lateral esquerdo no nível L5-S1.

Logo, constatou-se que a intervenção cirúrgica, a que fora submetida, foi realizada em local diverso ao diagnosticado pelos exames, ou seja, ao invés de ser operada no nível L5-S1, localidade de encontro entre a região lombar e a sacra; foi operada no nível L4-L5, nível superior ao diagnosticado, localizado na região lombar.

Desse modo, o juiz de base julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais, porém concedeu o pleito referente aos danos morais, condenando os réus a indenizarem, de forma solidária, a autora no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Por vez, a clínica e os dois médicos interpuseram recurso de apelação, em cujo julgamento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela clínica, reconhecendo a responsabilidade da casa de saúde como objetiva, negando provimento ao apelo e, por conseguinte, mantendo a condenação na íntegra.

Por fim, os réus recorreram à instância Superior, mediante recurso especial em apelo, pelo qual a clínica, sustenta a inexistência de responsabilidade solidária com os médicos cirurgiões, haja vista que estes não mantinham vínculos empregatícios com clínica. Ao passo que, os médicos sustentam que inexistiu a obrigação de indenizar, indicando a carência de fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal singular, bem como a contrariedade dos arts. 332, 334, inciso IV, 362 e 515 CPC/73 e o dissídio jurisprudencial acerca do *quantum* indenizatório cabível.

10. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é notório que existe lastro material para discussão quanto ao tema da Responsabilidade Civil ligada especificamente ao ramo da Saúde.

Para a doutrina majoritária, são três os elementos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil subjetiva e o consequente dever de indenizar: a conduta, o nexo de causalidade e o dano. Em não havendo quaisquer dos requisitos, configurara estará a exclusão do dever de indenizar.

Nesse sentido, a responsabilidade se divide em subjetiva, em que a culpa deve ser provada, e objetiva que dispensa a comprovação da culpa. No que se refere a responsabilidade civil do médico, é importante frisar que a atividade médica no aspecto curativo resta em uma obrigação de meio, a qual não promete um resultado definido e sim a busca pelo resultado desejado. O médico como profissional liberal que é e não obrigado a uma obrigação de resultado está submetido a responsabilidade subjetiva, desta feita, compete a vítima provar que o médico agiu com culpa observando se de forma imprudente, negligente ou imperita ou até mesmo se agiu dolosamente. Provado a culpa ou o dolo, restará ao médico o dever de indenizar a vítima pelo dano causado.

No entanto, existem algumas situações em que o médico assume uma obrigação de resultado, é o caso do cirurgião plástico que se compromete a uma obrigação embelezadora. Nesses casos o paciente espera por um resultado satisfatório de acordo com o prometido pelo médico, firmando-se porquanto em uma obrigação de cunho objetivo.

Com relação aos planos de saúde, em que pese a regulamentação dos planos de saúde, estar disposta em Lei específica, há que se ressaltar, que concernente aos planos já existentes a vigência da Lei, à estes devem ser aplicadas as normas gerais esculpidas no Código de Defesa do Consumidor. É importante considerar, também, que as empresas de planos de saúde, devem ater-se com zelo ao credenciar médicos, clínicas ou hospitais, pois, estas serão responsáveis pelos serviços que oferecerem. De tal forma que responde civilmente e objetivamente por danos causados pelos seus credenciados.

Já com relação, a responsabilidade civil na área da saúde, temos que é preciso levar em consideração toda uma discussão acerca dos Direitos Fundamentais, que no caso da saúde, é um Direito Fundamental de 2º Geração, inscrito no artigo 6º da Constituição Federal.

É cediço que a nossa Carta Magna concede uma gama muito extensa de direitos fundamentais. Principalmente aqueles consagrados pela doutrina como direitos fundamentais sociais ou de segunda geração, são o que mais dependem da atuação do Estado, pois são direitos prestacionais em que é papel essencial dos entes federativos conjuntamente (Município, Estado e União) mantê-los a serviço da população.

Contudo, como foi supracitado, há ainda uma intensa resistência em garanti-los da maneira como a Constituição aduz. O Estado insiste em alegar para se escusar do cumprimento de seus deveres constitucionais fundamentais o princípio da reserva do possível, que, como dito alhures, baseia-se na dotação orçamentária para a efetivação dos direitos sociais, da implementação de políticas públicas; ou seja, o Estado acomodou-se a sempre dizer que não há recursos financeiros suficientes para o cumprimento destas metas.

Destarte, começou a surgir um movimento bastante ousado do Poder Judiciário em face do poder Executivo: o Ativismo Judicial. O Judiciário, de certa maneira quebrando o princípio da separação dos poderes, tende a obrigar o poder Executivo a executar as políticas públicas como uma maneira de afirmar o princípio da dignidade humana, do mínimo existencial consagrado principalmente no art.6º da Constituição Federal de 1988.

Assim, formou-se recentemente um amplo debate constitucional em torno da ponderação desses princípios: de um lado o ativismo judicial como um movimento que tenta a todo custo garantir a dignidade da pessoa humana sob a égide do princípio do mínimo existencial e do outro o princípio da reserva do possível limitando a ação do Estado pela “insuficiente” dotação orçamentária. Quem deverá se sobrepor?

Através do presente estudo, demonstrou-se por diversos julgamentos e estudos de renomados juristas que a eficácia dos direitos sociais no século XXI é muito mais importante que a alegação do princípio da reserva do possível. Os mais variados tribunais ao redor do Brasil como o TJ-RN, TJ-MA e TJ-RS (que tiveram julgados supracitados) já assentaram seus entendimentos no sentido de que ao Poder Público não cabe alegar o princípio da reserva do possível para se escusar de cumprir seus deveres constitucionais de garantir o mínimo existencial. Mesmo que a doutrina seja abalada pelo Ativismo Judicial, pois é um movimento que como dito alhures fere de certa forma um dos mais basilares princípios da nossa Carta Magna: a separação dos poderes, ele ainda se sobrepõe no balanceamento dos princípios, porque visa justamente garantir que o Estado cumpra e implemente políticas públicas em prol do maior bem que um ser humano pode ter: a vida.

É preciso destacar que a nossa Egrégia Corte Constitucional já se posicionou sobre o tema, em importante recurso extraordinário cujo trecho a seguir descreve bem a doutrina majoritária: “Magistério da doutrina – a cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.” (AgR/SP. AG.REG NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011.)

Por fim, depois de uma ponderação sobre todos estes institutos constitucionais abordados, firma-se o posicionamento de que o princípio da reserva do possível, apesar de sua importante aplicação na seara constitucional, não se sobrepõe aos mais basilares direitos fundamentais conquistados desde épocas mais longínquas, em que revoluções, a exemplo da francesa, lutaram ferrenhamente pela conquista deles; pessoas sofreram e se sacrificaram por um ideal melhor. Assim, o Ativismo Judicial tem se mostrado importante movimento para buscar o cumprimento desses deveres quando o Poder Executivo abstém-se. A separação dos poderes é relativizada, mas não por vaidade do Judiciário, e sim pela busca de um ideal de justiça, para com a dignidade da pessoa humana e com o mínimo existencial da sociedade, entre eles o Direito a Saúde.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

.BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993. p 517.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgReg. No recurso extraordinário com agravo 639.337 São Paulo. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Diário da justiça da União, Brasília, 15 de setembro de 2011, ementário nº 2587-1, p. 125.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins fontes. 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. 11^a ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GUERRA, Sidney; BALTMANT EMERIQUE, Lilian Márcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006. Disponível em:<<http://www.funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>>. Acesso em: 15 de Março de 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 40º. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RESENDE, Vera Lúcia Pereira. Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988. 2006.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Embargos de Declaração em Apelação Cível: ED 8932 RN 2009.008932-6/0001.00. Estado do Rio Grande do Norte e Neuza da Carcic; Mara Correia. Relator: Desembargador Dilermando Mota. DJ 13 Maio. 2010.

SÃO LUÍS. Tribunal de Justiça do Maranhão. Agravo Regimental 83222009 MA. Maria Tereza Araujo Diniz e Estado do Maranhão. Relatora: Desembargadora Nelma Sarney. DJ 15 Maio. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>

Acesso em: 20 de março de 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Método: 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WEIS, Carlos. Os direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999.