



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES E DO MÉDICO NO ATENDIMENTO
DE URGÊNCIA DIANTE DO COVID-19

Otoniel Gomes Garcia

Rio de Janeiro
2021

OTONIEL GOMES GARCIA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES E DO MÉDICO NO ATENDIMENTO
DE URGÊNCIA DIANTE DO COVID-19

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Maria Carolina Cancela de Amorim
Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2021

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES E DO MÉDICO NO ATENDIMENTO DE URGÊNCIA DIANTE DO COVID-19

Otoniel Gomes Garcia

Graduado pela Universidade Iguçu. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes

Resumo – A pandemia causada pelo Covid-19 impactou todo o mundo, exigindo do Estado uma conduta proativa no sentido de minimizar os efeitos econômicos, sociais e políticos sentidos por toda sociedade. A intervenção estatal, a responsabilidade do Gestor Público, a responsabilidade do médico, ocupam nesse ambiente de incertezas um protagonismo essencial. O artigo procura identificar a relação Estado, Gestão e serviço, considerando as normas e medidas especiais adotadas, sob a análise da responsabilidade civil.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. Gestores Públicos. Direito Fundamental a Saúde.

Sumário – Introdução. 1. Responsabilidade do Gestor e reflexos diretos no atendimento à saúde no enfrentamento da pandemia. 2. Direito fundamental a saúde e as medidas de exceção diante do Covid-19. 3. O dever de tutela do melhor interesse ao paciente, sob a adoção de uma normativa emergencial diante do Covid-19. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura identificar a possibilidade de reparação civil em face de gestores públicos e profissionais de saúde atuando na área médica, diante da calamidade causada pela pandemia. Discute-se o aparente conflito de direitos e garantias fundamentais dentro do contexto de um estado de exceção, emergindo o direito à vida e a saúde.

Para tanto, abordam-se as medidas adotadas pelos gestores públicos, assim como os atos praticados pelo profissional médico, abalizando-se com legislações específicas, princípios e entendimentos doutrinários que possam nortear a pesquisa.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou a emergência de uma pandemia, o COVID-19 aparecia como uma doença respiratória aguda, grave, causada por um novo coronavírus, cujo epicentro estava localizado em Wuhan, uma província chinesa. O mundo estava diante de um inimigo invisível e mortal que se propagava de uma forma muito intensa e que poderia causar um colapso no sistema de saúde de muitos países. Visando conter a contaminação pelo vírus, a organização mundial de saúde emitiu diversas orientações que deveriam ser seguidas pelos países atingidos.

No Brasil, a principal preocupação era conter a curva de contaminação para se ter um tempo de reação visando aparelhar o sistema de saúde de forma eficaz para combater à doença, tendo assim, a atuação proativa do poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O STF, descentralizou a competência do governo Federal, podendo os Estados e Municípios administrar a crise conforme a necessidade de cada região. Recursos milionários foram disponibilizados pelo governo para reagir a crise provocada pelo vírus.

As medidas adotadas pelos gestores públicos com o objetivo de minimizar o contágio pela doença foi sentido por toda sociedade. Isolamento social, suspensão de serviços considerados não essenciais e restrições ao atendimento médico, onde exames clínicos foram suspensos, cirurgias canceladas e tratamentos interrompidos. Milhares de vidas foram perdidas pelo COVID-19 e outras pelas medidas restritivas impostas pelo poder público, além de problemas de saúde causados a pessoas com diversas síndromes psicológicas.

Mesmo diante da calamidade pública vivida, destaca-se que muitos dos recursos disponibilizados para a assistência saúde foram desviados ensejando em diversas operações capitaneadas pela polícia federal e judiciária, sendo objeto de várias denúncias pelo Ministério Público, fato amplamente noticiado pelos veículos de comunicação.

O primeiro capítulo procura identificar a responsabilidade dos gestores públicos, e a legalidade de atos executivos fundamentados em normas materialmente inconstitucionais com reflexos diretos no atendimento à saúde.

Inicia-se o segundo capítulo abordando-se o direito fundamental a saúde no contexto constitucional, onde a problematização se verifica quando consideramos que para preservar a saúde da coletividade acaba-se por suprimir direitos e garantias individuais ao próprio direito a saúde em um aparente conflito de direitos e garantias fundamentais.

O terceiro capítulo aborda a responsabilidade civil do médico e o dever de tutela do melhor interesse ao paciente, sob a adoção de uma normativa emergencial diante do COVID-19, cujo questionamento é a relativização da responsabilidade médica e o direito do paciente de buscar reparação do dano sofrido.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, apresentando um conjunto de proposições adequadas para analisar o objeto de pesquisa, como fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. RESPONSABILIDADE DO GESTOR E REFLEXOS DIRETOS NO ATENDIMENTO À SAÚDE NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA.

Diante da crise sanitária provocada pelo Covid-19, verificou-se um sistema de saúde precário, deficiente em seu atendimento, onde a falta de leitos em UTI com respiradores, falta de medicamentos e insumos, assim como equipamentos de proteção individuais destinados aos profissionais de saúde, foram alguns dos problemas identificados em grande parte dos municípios e estados brasileiros.

Nesse contexto, é preciso identificar a responsabilidade do Estado, que através de seus gestores públicos possuem a obrigação constitucional de administrar, respeitando os princípios que regem a administração pública.

O direito à saúde é uma obrigação estatal, que assegura qualquer pessoa, buscar um tratamento digno, onde gestor público tem o encargo de procurar prover os meios e sua disponibilização para população, questiona-se então: seria possível demandar um gestor público, colocando-o no polo passivo da ação, buscando uma reparação por danos, com base em sua condenação por crime de responsabilidade e improbidade administrativa, tendo em vista o liame entre sua conduta e o crime praticado, onde o particular teve um direito fundamental violado?

Historicamente a responsabilidade dos agentes públicos, estabelecidos nas constituições brasileiras¹ tiveram mudanças em seus textos, em uma breve abordagem temporal, de uma forma cronológica pode-se citar, o art. 179, inciso XXIX da Constituição Política do Império do Brasil², de 25 de março de 1824, a qual responsabilizava exclusivamente o agente causador do dano. Seguindo o entendimento, a mesma interpretação foi mantida no artigo 82, caput. da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil³, de 24 de fevereiro de 1891, reverberando a teoria da irresponsabilidade do Estado, onde o servidor respondia inteiramente pelos seus atos, ao causar dano a outrem, sendo dele exigível o dever de indenizar.

A Constituição Federal⁴ de 1934 admitiu a responsabilidade solidaria, estabelecendo-a em seu artigo 171, caput, e novamente passando por modificações, a Constituição Federal de 1946 trouxe a responsabilização objetiva, onde em seu artigo 194 trouxe a seguinte redação:

¹VÁRIOS. *Constituições Brasileiras: 1824-1988*. Edição do Kindle, 2020, [e-book]

²BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao24.htm > acesso em: 20 abr. 2021.

³BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm > acesso em: 20 abr. 2021.

⁴BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > acesso em: 20 abr. 2021.

“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. prevendo, ainda, o direito de regresso do Estado em face do agente público causador do dano.

A Constituição Federal⁵ de 1988, no art. 37, § 6º, estabeleceu que 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, reafirmando entendimento estabelecido na Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁶ de 1946.

Na seara do Direito Civil, a responsabilidade civil, a luz do código civil⁷ de 1916, podia se resumir a um único artigo, a cláusula geral do art. 159, na qual vigia a responsabilidade subjetiva, com culpa provada, porém, no século XX essa área do direito passou por uma grande evolução, exigindo do operador do direito maior profundidade em conhecimento sobre o tema. Essa afirmação pode ser materializada nas palavras do professor Sérgio Cavaliere Filho⁸: “a responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX, foi, sem dúvida, a área da ciência do direito que sofreu as maiores mudanças, maiores até mesmo que no direito de família.”

Nesse contexto, ao se propor uma discussão sobre a responsabilidade do gestor público, avalia-se a legislação especial, norteando-se conforme a norma que estabeleceu critérios diferentes para responsabilizar o mesmo, que atuando sob condições adversas precisou tomar decisões tendo como primícia minimizar os efeitos provocados pela crise sanitária.

No Brasil, as mortes causadas pelo COVID-19, segundo dados oficiais, chegaram a milhares, vítimas de um sistema de saúde ineficaz, que viola o princípio da dignidade humana.

O governo Federal⁹ destinou verbas bilionárias aos estados e municípios para ajudar no combate à doença, porém, grande parte dos recursos foram desviados em todo país, trazendo como consequência a indisponibilidade de meios para o combate à doença. o que foi amplamente noticiado pelos principais veículos de comunicação do Brasil.

Assim, em ação conjunta de inteligência com a participação do Ministério Público, várias operações ocorreram, sendo algumas objeto de denúncia do MP, a exemplo, cita-se a

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao > acesso em: 20 abr. 2021.

⁶BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > acesso em: 20 abr. 2021

⁷BRASIL. *Lei 3071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Editora Atlas, 2020, p.2.

⁹ Disponível em:< <http://www.portaltransparencia.gov.br/coronavirus>>Acesso em 01 de mar. de 2021

operação Sangria, deflagada pela polícia federal e o Ministério Público Federal¹⁰ na cidade de Manaus/AM.

no requerimento, a subprocuradora-geral da República Lindôra Araújo sustenta que as investigações permitiram, até o momento, "evidenciar que se está diante da atuação de uma verdadeira organização criminosa que, instalada nas estruturas estatais do governo do estado do Amazonas, serve-se da situação de calamidade provocada pela pandemia de Covid-19 para obter ganhos financeiros ilícitos, em prejuízo do erário e do atendimento adequado à saúde da população

O direito a vida como mandamento constitucional, estabelecido no artigo 5º da CRFB¹¹, é um dever o qual o Estado deve proteger, o maior bem jurídico a ser tutelado.

Uma conduta, improba, que ameace esse direito é por si só é de extrema reprovação, a ineficiência na prestação de serviços essenciais a população tendo como causa origem a má gerencia de recursos públicos ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para uma melhor compreensão, necessário se faz trazer a vista o conceito de agente político, e a quais legislações estariam subordinados ao praticarem crime no exercício das funções. Assim, Celso Antônio Bandeira de Melo defini: “consideram-se agentes políticos aqueles que atuam no exercício da função política de Estado, que possuem cargos estruturais e inerentes à organização política do país e que exercem a vontade superior do Estado”

Objeto de controvérsias, a responsabilidade dos agentes políticos foi amplamente debatida quanto a possibilidade de agentes políticos também serem submetidos a lei de improbidade administrativa, sendo pacificada pelo STF¹², materializado na Pet 3240, firmando o seguinte posicionamento:

os agentes políticos, com exceção do presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, e se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade; compete à Justiça de primeiro grau o julgamento das ações de improbidade, logo não há foro por prerrogativa de função em relação a este tipo de ação

Não obstante ocorrer a condenação do agente público por crime de responsabilidade e crime de improbidade administrativa, não estaríamos diante da hipótese previstas no artigo 515,

¹⁰Disponível em:< <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticias/2020/06/30/secretaria-de-saude-do-am-e-presa-em-operação-da-pf-que-apura-desvio-na-compra-de-respiradores.ghtml>>. Acesso em 05 de fev. de 2021.

¹¹BRASIL. Op. Cit. Nota 5

¹²BRASIL. Supremo. Tribunal. Federal. Plenário. *acórdão.pet.3240*. Disponível em:< <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;pet:2018-05-10;32403637794>>. Acesso em 06 fev.2021.

Inciso VI, do CPC¹³, ou seja, não se teria um título executivo capaz de uma garantia de direito de ação.

Assim, importante se faz destacar o artigo 17 da lei nº 8429/92¹⁴ que trata dos legitimados a propor a ação de improbidade administrativa, da qual se conclui que não teríamos o particular no polo ativo dessa ação.

Dessa forma, considerando que a responsabilidade do Estado, em regra é objetiva, o particular para buscar uma possível reparação, deve propor uma ação em face desse, onde a administração pública apenas teria o direito de regresso contra o causador do dano, aplicando-se assim a teoria do risco administrativo.

A possibilidade de se demandar diretamente contra o agente público tem sido objeto de discussão sendo pacificado o entendimento no julgamento do RE 1.027.633¹⁵ que corresponde ao tema 940 de repercussão geral, sendo aprovada por unanimidade dos votos.

Na decisão, os Ministros entenderam que a vítima deve ajuizar ação contra o ente público ao qual o agente é vinculado, e pela impossibilidade de o agente público responder diretamente perante a vítima, destacando que o ente público poderá acionar o causador do dano para fins de ressarcimento em ação de regresso, sendo a tese aprovada fundamentada no parágrafo 6º do artigo 37 da CRFB/88¹⁶.

Dessa forma, é possível concluir que mesmo diante dos desvios de recursos públicos destinados a saúde, praticados por gestores públicos, atingindo diretamente o atendimento que poderia salvar vidas, que mesmo sendo notório o nexo de causalidade na conduta delitativa do agente com mortes provocadas pelo vírus, em tese, a sua condenação por crime de improbidade ou crime de responsabilidade não é capaz de gerar por si só o direito de ação a reparação civil.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E AS MEDIDAS DE EXCEÇÃO EM RAZÃO DA COVID-19

O direito à saúde está estabelecido na constituição como um direito fundamental, inerentes à pessoa humana e essencial a uma vida digna, e para isso, o Estado através de

¹³BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 11 abr.2021.

¹⁴BRASIL. *Lei 8429/92*, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 11 de abr. 2021.

¹⁵BRASIL. Supremo. Tribunal. Federal. *Notícias STF* Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal.cms/venoticiadetalhe.asp?idconteudo=456055>>. acesso em 21 de jan.2021.

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 mai.2020.

políticas públicas procura assegurar um acesso igualitário a toda sociedade, garantindo da melhor forma possível um tratamento digno, proporcionando a igualdade material a brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A pandemia causada pelo Covid-19 exigiu do Estado diferentes medidas de exceção, onde foi possível identificar uma relativização dos direitos e garantias individuais sob a perspectiva de se garantir o direito a saúde da coletividade.

A existência digna, assegurada pelo poder Estatal, procura proporcionar a população acesso a saúde independente de sua condição social, sendo possível encontrar diversos dispositivos na Carta Magna¹⁷ demonstrando tal fim a ser alcançado, como os artigos 6º, 193, 196, 197 e 198 da CRFB/88.

Ao se analisar esse direito fundamental, é possível dizer que ele não está estancado em uma dimensão ou geração de direitos, considerando a perspectiva da teoria Dimensionista, como bem explicada por Ricardo Augusto Dias da Silva¹⁸.

O direito à saúde, pode ser considerado um direito de 1º, 2º, 3º e 4º dimensão, onde, na primeira dimensão, o direito a saúde está individualizado e o Estado vela pela proteção da vida. Na segunda dimensão a atuação do Estado é de prover meios para uma igualdade social, proporcionando acesso a saúde a todos os que necessitam, na terceira dimensão, o direito à saúde ultrapassa as fronteiras nacionais, se pautando pela solidariedade, assim encontramos uma repartição de riquezas com a finalidade de promover a saúde dos que mais precisam em todo mundo, Já a quarta dimensão de Direito Fundamental, à saúde, relaciona-se a participação da sociedade e Estado, como identificado, a exemplo no art. 198, inc. III CRFB.

Ao abordar-se nesse contexto, a crise provocada pela pandemia e o aparente conflito de direitos fundamentais, destaca-se as garantias constitucionais e a representatividade da Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020¹⁹, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública iniciado no ano de 2019.

Verifica-se que esta lei assegurou o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas em seu texto, estando perfeitamente em consonância com a CRFB/88, e ainda, pressupondo que as medidas que viessem a serem adotadas no sentido de enfrentamento a Covid-19 tivessem evidência científica.

¹⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 mai.2020.

¹⁸SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde - O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. São Paulo. Editora Fórum,2020.

¹⁹BRASIL. *Lei 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Lei de Enfrentamento a Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 mai. 2020

Destaca-se também, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que ao ser provocado por uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 6341²⁰ se posicionou diante da questão, decidindo que prefeitos e governadores poderiam em razão do princípio da separação dos poderes, determinarem de forma autônoma as medidas para o enfrentamento ao coronavírus, esvaziando, em tese, a competência do governo federal.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, nota-se, uma série de decretos emitidos por governadores e prefeitos restringindo direitos e garantias individuais, com fundamento no direito coletivo de preservação da vida conflitando com o direito da liberdade de ir e vir.

Para a Suprema Corte²¹, o chefe do executivo federal não teria competência para definir por decreto os serviços essenciais sem a observância dos entes locais implicando em afronta ao princípio da separação dos poderes.

a maioria dos ministros aderiu à proposta do ministro Edson Fachin sobre a necessidade de que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 também seja interpretado de acordo com a Constituição, a fim de deixar claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes

De fato, a Constituição brasileira reserva a saúde como uma competência concorrente entre a União os Estados e Municípios, conforme art. 24 da CRFB/88²², porém essa competência concorrente para legislar não pode conflitar com lei federal. De acordo com a especialista Estefânia Barbosa²³, numa situação como esta os Estados podem agir para complementar as determinações da lei federal, mas sem entrar em conflito com ela [informação verbal].

A quarentena, materializada através de decretos como os emitidos pelos estados de Goiás, decreto 9.638²⁴ e o de São Paulo, decreto 64.881²⁵, suprimiram liberdades individuais em confronto com a lei federal 13.979/2020²⁶ e a própria Constituição e relativizaram o próprio direito individual de garantia a saúde.

²⁰Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em 15 de set. 2020.

²¹Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>>. Acesso em 15 de set. 2020.

²²*Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 mai.2020.

²³Disponível em:<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52044708>>. Acesso em 26 mar de 2020.

²⁴BRASIL. *Decreto nº 9.638*, de 20 de março de 2020. Disponível em <http://legislacao.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/103035/decreto-9638>. acesso em 16 de set. 2020.

²⁵BRASIL. *Decreto nº 64.879*, de 20 de março de 2020. Disponível em:<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>>. Acesso em 16 de set. 2020.

²⁶ BRASIL. Op., Cit. Nota 18.

A saúde não pode ser identificada como apenas física, a saúde mental é também saúde. Assim, a exemplo, manter pessoas acometidas de doenças psicológicas presas em suas residências, contrariando recomendações médicas, como caminhadas ao ar livre, importa em uma ação que limita um direito constitucionalmente garantido, e sob essa perspectiva fere o direito a saúde em sua individualidade, podendo tanto agravar um paciente como adoecer alguém sem histórico patológico, como identifica os dados da pesquisa, coordenada por Alberto Filgueiras, da Uerj, em parceria com Matthew Stults-Kolehmainen, do Hospital New Haven, da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, da qual destaca-se o seguinte trecho²⁷:

um levantamento feito pela Uerj (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) com 1.460 pessoas em 23 estados mostra que casos de depressão aumentaram 90% no intervalo de pouco menos de um mês, em meio as medidas de isolamento social para combater o novo coronavírus.

Os efeitos negativos das medidas de isolamento compulsório, podem ser um dano irreparável para o indivíduo quando coloca, sua liberdade na mão estatal, em colisão com um direito constitucionalmente garantido. Fechamento de parques, praias e espaços públicos foram decretados em vários estados. Essa obrigação de não fazer do Estado, identificada como barreira de proteção a pessoa humana, com a declaração de calamidade pública, foi relativizada, onde a intervenção do Estado, visando proteger a vida, com a finalidade de conter a propagação do vírus supriu direitos.

Dessa forma, se faz uma construção de questionamentos incidentes sobre a primeira dimensão de direito, relativizando o fazer e deixar de fazer do Estado, gerando consequências jurídicas que podem ser analisadas partindo-se do próprio direito a fundamental a saúde que uma pessoa pode buscar.

Ainda sob a especificidade do direito à saúde, porém sob a análise da segunda dimensão de direitos, da prestação positiva do Estado, depara-se com a responsabilidade social, em democratizar o acesso a saúde.

Prover meios de acesso à saúde aos mais necessitados, construir hospitais, fornecer medicamentos, passam ser um dever do Estado, isto posto, é um mandamento constitucionalmente garantido em nosso ordenamento jurídico.

²⁷Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/05/05/depressao-brasileiros-isolamento-social-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

A cautela em ter como direito e não garantia, pode ser exemplificada quando questionamos diante um caso concreto a alegação do Estado na impossibilidade de provimento, pautado no princípio da reserva do possível.

No contexto atual, sob a crise provocada pelo coronavírus, foi possível identificar que o Estado não estava preparado e para atender a demanda de doentes infectados pelo vírus, precisou adotar medidas de exceção, suprimindo o direito individual de buscar o acesso a saúde. A exemplo podemos citar matéria publicada em veículo de comunicação²⁸:

desde o início da pandemia, segundo estimativas das Sociedades Brasileiras de Patologias e de cirurgia oncológicas, mais de 50.000 brasileiros deixaram de ser diagnosticados com câncer (...)

A realização da mamografia de rastreamento é um fator preocupante, já que o exame está suspenso em muitas regiões e as unidades básicas não estão fazendo encaminhamento para os hospitais.

No estudo apresentado por profissionais da área médica, evidenciou-se que não havia efeitos negativos significativos na mortalidade pela infecção causada pelo Covid-19 em doentes durante a quimioterapia e outros tratamentos, não justificando a suspensão de atendimentos e tratamentos e conseqüentemente o aumento do risco de diagnósticos de pessoas com tumores em estágio avançado.

O exemplo acima trazido à baila, para discursão sobre a garantia de direitos estabelecidos na magna carta, não se vê como único, pois existiam diversas patologias em pacientes que deixaram de serem diagnosticadas e tratamentos interrompidos compulsoriamente, sem opção para a pessoa necessitada, ferindo-se o princípio da dignidade humana, onde o Estado deixou de cumprir um direito fundamental, tendo, em tese, o acesso a saúde negado.

A justificativa de tais medidas, porém se pautam em preservar o direito coletivo, evitando a possível propagação do contágio pelo vírus, criando uma política de isolamento até mesmo para aquele que se encontra doente de uma outra patologia e precisou de tratamento adequado. Priva-se assim, um direito individual a saúde, com fundamentos de preservação a um direito coletivo, no entanto, observa-se que a legislação especial, Lei nº13.979 /20²⁹, aprovada pelo congresso nacional e sancionada pelo presidente da república, não menciona em seu texto a suspensão de atendimentos médicos considerados urgentes e ainda estabelece que os direitos e garantias individuais devem ser preservados.

²⁸Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/covid-19-o-tratamento-do-cancer-em-tempos-de-pandemia>> Acesso em: 25 de ago. 2020.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 18.

Assim, foram expedidos documentos que restringiam o acesso a saúde, suspendendo cirurgias e interrompendo tratamentos. Dessa forma, é possível outro questionamento: como justificar a negação do direito ao atendimento médico?

A conclusão, é que a Constituição garante o acesso à saúde e diante da pandemia, houve uma relativização quanto essa garantia, onde o direito coletivo a saúde se sobrepôs ao direito individual a própria saúde em seu sentido mais amplo, amparados por decretos estaduais e municipais dissonantes da lei federal e questionáveis quanto ao seu alcance.

Evidencia-se então, que não é plausível no atual regime constitucional brasileiro, obrigar ou desobrigar alguém a fazer alguma coisa mediante decreto, contrariando até mesmo a própria lei que regula a matéria.

3. O DEVER DE TUTELA DO MELHOR INTERESSE AO PACIENTE, SOB A ADOÇÃO DE UMA NORMATIVA EMERGENCIAL DIANTE DO COVID 19

No início da pandemia, em que os casos de covid se confirmavam no Brasil, o Ministério da Saúde emitiu diversos protocolos orientando o atendimento médico de urgência, nesse contexto, as pessoas somente deveriam procurar os hospitais quando estivessem sentindo falta de ar, não era recomendado um tratamento precoce, porém, esse protocolo não encontrou unanimidade na comunidade médica, pois alguns médicos prescreviam o tratamento que achavam adequado ao seu paciente mesmo em desacordo com a orientação do Ministério da Saúde.

Dessa forma, observa-se um impacto negativo causado pela desinformação e desconhecimento da doença, atingindo diretamente a vida humana, cujas incertezas em precisar um tratamento adequado contribuíram para aumentar os números de óbitos.

Para a OMS, o tratamento precoce não devia ser ministrado, diante da ausência de comprovação científica dos medicamentos que atuavam nesse sentido, mesmo sendo criticada por grande parte dos médicos em todo país.

Neste sentido, em entrevista, a doutora Nise Yamaguchi³⁰, oncologista e imunologista do Hospital Albert Einstein de São Paulo, defende que seria possível salvar vidas e curar as pessoas adotando um tratamento logo no início da infecção. Assim ressaltando:

essa história de que não tem cura para esse novo coronavírus, não é verdade. Tem. É o próprio sistema imunológico quando ativado adequadamente, sem exageros. Porque

³⁰Disponível em: <<https://tvbrasil.ebc.com.br/impressoes/2020/07/imunologista-nise-yamaguchi-defende-tratamento-precoce-do-coronavirus>>. Acesso em 11 abr. 2021.

o problema dele (coronavírus) é quando ele é exagerado depois na segunda e na terceira fase. E o principal é tratar precocemente.

Para ela que defende o uso de medicamento como a hidroxicloroquina, o tratamento provou ser eficaz, ressaltando a necessidade do acompanhamento médico ao se ministrar qualquer tipo de medicação.

Importante destacar que a atuação do Ministério da Saúde, tinha como paradigma as diferentes ações recomendadas pela Organização Mundial da Saúde.

Dessa forma, questiona-se: se um médico ao confirmar um caso de Covid-19 recomenda ao paciente que aguarde em casa até os sintomas se agravarem e esse paciente vem a óbito, seria um caso de responsabilidade médica? Seria possível atribuir a responsabilidade a um profissional da saúde que seguindo um protocolo pré-estabelecido acaba por ter um insucesso no tratamento de seu paciente? O protocolo emitido pelo Ministério da Saúde deve ser seguido paulatinamente, ou apenas uma orientação? essa orientação seria capaz de eximir a responsabilidade do médico?

A Lei nº 8.078/1990³¹ estabelece em seu art. 14, § 4º, a responsabilidade subjetiva como regra para os profissionais liberais prestadores de serviços.

Segundo o Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr³²., para atribuir a responsabilidade ao médico é preciso a prova de uma culpa certa, ainda que não necessariamente grave. Deve-se considerar as circunstâncias sob a qual o profissional estava submetido, se todos os cuidados foram dispensados ao doente, se houve a obediência aos protocolos no tratamento de acordo com a ciência, confrontando essas questões ao caso concreto.

Segundo o Art. 32 do Código de Ética Médica³³, é considerada infração grave: “deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”. O artigo, evidencia o dever de o profissional buscar o melhor tratamento disponível, porém, a última parte desse, exige a necessidade de reconhecimento científico.

Assim, parece razoável para dirimir a questão, o Parecer 4/2020 do CFM³⁴, que conclui que o princípio que deve obrigatoriamente nortear o tratamento do paciente portador da Covid-19 deve se basear na autonomia do médico e na valorização da relação médico-paciente, sendo

³¹BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 11 abr. 2021.

³²KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10 ed. rev. Atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book].

³³BRASIL. *Resolução CFM nº 2.217*, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/imagens/pdf/cem2019.pdf>>. Acesso em 11 abr. 2021.

³⁴Disponível em: <<https://saude.mppr.mp.br/arquivo/file/corona/cfm/6.pdf>>. Acesso em 11 abr. 2021.

está a mais próxima possível, com o objetivo de oferecer ao doente o melhor tratamento médico disponível³⁵ no momento, cita-se:

quando métodos profiláticos e terapêuticos comprovados não existirem ou forem ineficazes, o médico, com o consentimento informado do paciente, deve ser livre para utilizar medidas profiláticas, diagnósticas e terapêuticas não comprovadas ou inovadoras, se, no seu julgamento, esta ofereça esperança de salvar vida, restabelecimento da saúde e alívio do sofrimento.

A problematização se verifica no momento que não há consenso, onde existe a divergência em se introduzir um tratamento precoce sem evidência científica e o tratamento em momento seguinte, no qual já se pode ter uma doença em fase mais avançada, reduzindo em tese as chances de cura.

Dessa forma, com o objetivo de evidenciar a falta de consenso, cita-se o posicionamento da OMS³⁶ quanto ao uso de um medicamento utilizado em possível tratamento da Covid 19:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) não recomendam o uso de ivermectina para quaisquer outros propósitos diferentes daqueles para os quais seu uso está devidamente autorizado

Assim, diante das incertezas apresentadas, verifica-se uma difícil e quase improvável responsabilização do profissional de saúde por erro ou culpa, pois, não estaríamos diante de culpa caso o médico recomenda-se ao paciente que aguarde em casa, também não estaríamos diante de culpa se receita-se o uso de medicamentos que ainda não possuem comprovação científica, o que apenas confirma uma ambiguidade real e antagônica.

O Inc. VIII, do capítulo I, Princípios Fundamentais do CEM³⁷, estabelece que o médico em nenhuma hipótese ou circunstância ou sob qualquer pretexto deve renunciar a sua liberdade profissional, não permitindo restrições ou imposições de qualquer natureza que venham comprometer a eficácia de seu trabalho. Estabelece também o Inc II que a saúde do ser humano deve ser o bem maior que ele deve buscar, aplicando todo o seu conhecimento, de certo que é possível concluir que o médico teria liberdade para seguir ou não protocolo estabelecido pela OMS

³⁵Disponível em:<https://static.fecam.net.br/uploads/834/arquivos/2070884_manifesto_pelo_tratamento_precoce_versao_final.pdf>. Acesso em 11 abr. 2021

³⁶Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em 11 abr. 2021.

³⁷BRASIL. Op. Cit., nota 32

Destaca-se também, um dos pilares da responsabilidade médica, o dever de informação, disposto no art. 34 do Código de ética médica³⁸, que imputa ao médico o dever de informar ao seu paciente o diagnóstico, o prognóstico e o possível tratamento, apresentando toda relevância quanto aos riscos desse tratamento, como bem explica o professor Sérgio Cavaliere Filho³⁹:

a falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou hospital a ter que responder até mesmo pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao seu paciente os reais riscos do tratamento

Dessa forma, o conhecimento informado acabaria por afastar em tese os riscos de uma demanda plausível imputando-se a responsabilidade do médico pelo risco de sua atividade como fundamento. Contudo, a ausência de informações, as divergências de protocolos e a liberdade que o médico possui para prescrever um tratamento, dificilmente seria possível a imputação da responsabilidade médica no ambiente das incertezas causadas pelo Covid 19.

CONCLUSÃO

Este artigo apresentou como problemática central a responsabilidade do Estado e de seus gestores, o direito a saúde e a autonomia do médico, considerando a crise sanitária causada pela pandemia.

A controvérsia reside nas diferentes medidas adotadas pelo Estado através de seus gestores, a relativização dos direitos fundamentais e o aparente conflito entre o direito individual e o coletivo.

Abordou-se também, a responsabilidade do médico diante dos diferentes protocolos estabelecidos.

Assim, identificou-se sob a análise da legislação vigente a responsabilidade do gestor público, concluindo que em tese, mesmo diante da condenação por crime de improbidade administrativa ou de responsabilidade, não geraria por si só um direito ao particular, que deve

³⁸ Ibid.

³⁹ Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edições/revista28/revista28_81.pdf>. Acesso em 20 jul. 2021.

buscar a possível reparação civil demandando contra o Estado, em consonância com a teoria da responsabilidade objetiva.

Ficou evidente a sobreposição do direito coletivo sobre o direito individual, mesmo tratando-se de direitos fundamentais, porém, questionou-se como negar o acesso a um direito fundamental a saúde, estabelecendo critério pautados em decretos considerados tecnicamente inconstitucionais, gerando insegurança jurídica.

A pesquisa sedimentou o entendimento que existe uma hierarquia, que a constituição federal deve ser a bussola, o Norte, não sendo admissível que decretos estaduais ou municipais sobreponham normas constitucionais e leis federais.

A autonomia do médico também foi evidenciada, pois de um lado tem-se as orientações da OMS, aqueles que são contrários a qualquer tipo de tratamento precoce não comprovado cientificamente, e do outro lado, os que acreditam nesse tratamento. A legislação especial, assim como o CEM, pressupõe essa exigência, contudo, o CFM reconheceu que diante da situação excepcional o médico não estaria engessado a esses dispositivos normativos, emitindo um parecer que consubstancia a autonomia do profissional.

O ponto de equilíbrio identificado diante da situação de anormalidade, sob um razoável embasamento legal apenas destacou o dever de informação a que o médico está submetido.

Dessa forma, em tese não seria possível responsabilizar o médico diante de um caso concreto se ele recomendasse que seu paciente aguardasse em casa, a luz da própria sorte, esperando os sintomas da doença evoluir ou prescrevesse um tratamento precoce utilizando-se de medicamentos que não possuísse comprovação científica e que lhe causassem efeitos adversos ou até mesmo o óbito.

A situação de excepcionalidade, descortinaram uma realidade, trazendo o consenso que os poderes constituídos precisam estar em harmonia. A usurpação de competência, a ineficiência de gestão pública, as lacunas legislativas devem ser a exceção, uma anomalia.

A hierarquia das normas deve ser seguida, pois, uma lei que não cumpre a constituição já nasce morta, as normas jurídicas inferiores precisam estar alinhadas com as normas jurídicas superiores. As normas infralegais em tese não podem gerar direitos ou impor obrigações, não sendo possível admitir que estas contrariem normas primárias, devendo ser rechaçadas quando assim se constituírem.

Os direitos fundamentais devem ser sempre preservados, não sendo possível sua supressão com base em decretos. O direito a vida não pode ser relativizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1924. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao24htm >. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 16 de julho de 1934. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao >. Acesso em: 20 abr. 2021

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > acesso em: 20 abr. 2021

_____. *Lei nº 3.071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Plenário acordo pet 3240*. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;pet:2018-05-10;32403637794> Acesso em 06 fev.2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 11 abr.2021.

_____. *Lei nº 8429/92*, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 11 de abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal.cms/venoticiadetalhe.asp?idconteudo=456055>>. acesso em 21 de jan.2021.

_____. *Lei nº 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Lei de Enfrentamento a Covid-19. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. *Decreto nº 9.638*, de 20 de março de 2020. Disponível em: < http://legislacao.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legisla%C3%A7%C3%A3o/103035/decreto-9638>. Acesso em 16 de set. 2020.

_____. *Decreto nº 64.879*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>>. Acesso em 16 de set. 2020.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 11 abr. 2021.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.217*, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/imagens/pdf/cem2019.pdf>>. Acesso em 11 abr. 2021.

_____. Controladoria Geral da União. *Recursos Transferidos para Combate a Pandemia*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/coronavirus>>. Acesso em 01 de mar. de 2021.

BARBOSA, Stefânia. Entrevista concedida à BBC News Brasil, em 26 março de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Editora Atlas. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, nº 28, v. 7. 2004.

G1 AM. *Desvio na compra de respiradores*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticias/2020/06/30/secretaria-de-saude-do-am-e-presa-em-operacao-da-pf-que-apura-desvio-na-compra-de-respiradores.ghtml>>. Acesso em 05 de fev. de 2021.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10.ed. rev. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book].

YAMAGUCHI, Nise. Entrevista concedida à TV Brasil, em 05 julho de 2020.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde - O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. São Paulo. Editora Fórum, 2020.

VÁRIOS. *Constituições Brasileiras: 1824-1988*. Edição do Kindle. 2020 [e-book].

VEJA. *o tratamento do câncer em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/covid-19-o-tratamento-do-cancer-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 25 de ago. 2020.