

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

YOLINNE DO NASCIMENTO CASTELO BRANCO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE: a função do Poder
Judiciário e seus precedentes na garantia do direito à saúde pública**

São Luís - MA

2016

YOLINNE DO NASCIMENTO CASTELO BRANCO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE: a função do Poder
Judiciário e seus precedentes na garantia do direito à saúde pública**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Dra. Lucylea Gonçalves França

São Luís - MA

2016

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo (a) autor(a). Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Branco, Yolinne do Nascimento Castelo.

A responsabilidade civil do Estado por ineficiência na prestação do serviço na rede pública de saúde: a função do Poder Judiciário e seus precedentes na garantia do direito à saúde pública / Yolinne do Nascimento Castelo Branco. - 2016.

58 f.

Orientador(a): Lucylea Gonçalves França.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Ineficiência da saúde. 2. Omissão estatal. 3. Poder Judiciário. 4. Responsabilidade civil do Estado. 5. Saúde pública. I. França, Lucylea Gonçalves. II. Título.

YOLINNE DO NASCIMENTO CASTELO BRANCO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE: a função do Poder
Judiciário e seus precedentes na garantia do direito à saúde pública**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Lucylea Gonçalves França
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador

2º Examinador

RESUMO

Este trabalho busca analisar a responsabilidade civil do Estado pela ineficiência no serviço de saúde pública, bem como mostrar o papel do Poder Judiciário na efetivação de tal direito, levando-se em consideração os principais precedentes judiciais acerca do tema. O primeiro capítulo aborda a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado nos ordenamentos jurídicos, além das teorias da responsabilidade civil estatal e o tratamento constitucional brasileiro dado a tal instituto. O segundo capítulo trará a natureza jurídica da responsabilidade por omissão do Estado, suas teorias e a adoção pelos tribunais brasileiros. Mostrará ainda a saúde pública no Brasil, o histórico e seu tratamento nas constituições brasileiras. Abordará o serviço de saúde pública no país e suas políticas públicas de implementação, demonstrando a ineficácia na concretização de tal direito e aplicação da responsabilidade civil por omissão, no qual será defendida a tese da aplicação da responsabilidade objetiva no caso de ineficácia na prestação do serviço público de saúde, mormente por conta do seu dever constitucional de garantia da saúde aos seus cidadãos. No terceiro capítulo será apresentado a tese de defesa estatal nas omissões nos serviços de saúde pública, com base na cláusula de reserva do possível sendo feito um contraponto com a garantia do mínimo existencial. Analisará um estudo a respeito do tratamento que a matéria vem recebendo nos tribunais superiores brasileiros que apontam a responsabilidade do Estado pela efetivação do direito à saúde pública nos casos individuais trazidos à apreciação do Judiciário. Os meios inerentes e os limites de atuação do Poder Judiciário sem que enseje a intervenção nos demais poderes através de um estudo de caso concreto. Tratará da “desjudicialização” da saúde em razão da discricionariedade da Administração Pública como forma de diminuir as demandas judiciais na busca pelo direito à saúde pública.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Saúde pública. Poder Judiciário. Ineficiência na saúde pública. Omissão estatal. Reserva do possível.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the liability of the State by inefficiency in the public health service as well as show the role of the judiciary in the realization of this right, taking into account the main judicial precedents on the subject. The first chapter deals with the historical evolution of state liability in the legal systems, beyond the theories of state liability and the Brazilian constitutional treatment of such an institute. The second chapter will bring the legal nature of responsibility for state failure, his theories and adoption by Brazilian courts. Still show public health in Brazil, history and treatment in Brazilian constitutions. Address the public health service in the country and its public implementing policies, demonstrating the inefficiency in the implementation of such a law and application of liability by omission, which will be defended the application of the theory of strict liability in the case of inefficiency in service delivery public health, especially because of its constitutional duty of health security for its citizens. In the third chapter will be presented the thesis of state defense in omissions in public health services, based on the possible reservation clause being made a counterpoint to guarantee the existential minimum. Consider a study on the treatment that matter has received in the Brazilian higher courts which point the responsibility of the State for the realization of the right to public health in individual cases brought to the appreciation of the judiciary. Inherent means and the limits of the judiciary acting without giving rise to intervention in other powers through a study case. Address the health “desjudicialização” due to the discretion of the Public Administration as a way to reduce lawsuits seeking the right to public health.

Keywords: State Liability. Public health. Judicial power. Inefficiency in public health. State failure. Reservation possible.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO.....	9
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ...	10
2.2	TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	12
2.2.1	Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	13
2.2.2	Teoria civilista	14
2.2.3	Teoria publicista	17
2.3	TRATAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	18
2.3.1	Teoria da responsabilidade extracontratual do Estado nas Constituições brasileiras.....	19
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE	23
3.1	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO	23
3.1.1	Corrente subjetivista.....	24
3.1.2	Corrente objetivista	26
3.1.3	Corrente mista	27
3.1.4	Alcance da norma contida no art. 37, §6º da CF/88 às condutas omissivas e a teoria adotada pelos tribunais.	28
3.2	A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	33
3.2.1	Direito à saúde e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
3.2.2	A ineficiência do serviço de Saúde pública no Brasil	36
3.3	A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE.....	38
4	ATRIBUIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	46
4.1	LIMITES A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: MÍNIMO EXISTENCIAL OU CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL?	46
4.2	PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA.....	50
4.2.1	Posição dos tribunais superiores em relação ao direito à saúde pública	53
4.2.2	Análise de caso concreto: atuação judicial na responsabilização do Estado pelo fornecimento de medicamentos	56
4.3	A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DA SAÚDE PÚBLICA	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
	REFERÊNCIAS.....	66
	ANEXOS.....	72

INTRODUÇÃO

O Estado Moderno e a sociedade de massa demandam da máquina administrativa penetração e eficiência recentemente inimagináveis. Carências sociais se proliferam. Estruturas estatais antes aptas a dar vazão às exigências demonstram níveis insatisfatórios de eficiência, despertam gradativa intolerância nos administrados.

Nos países em desenvolvimento, não se pode desprezar setores de atuação estatal. Socialmente identificam-se numerosas carências, sobretudo, as demandas dos economicamente frágeis, na área da saúde pública, aumentam abruptamente e diversificam-se em qualidade. Do Estado exige-se maior e melhor atuação.

A ideia de “irresponsabilidade pública-responsabilidade privada”, própria da migração do Estado Liberal para o Estado Intervencionista, tornou-se insustentável na sociedade caracterizada pela interpretação Estado-sociedade, em virtude da descentralização administrativa e da desmultiplicação dos poderes públicos, associadas às exigências de uma política intervencionista nas relações sociais, situação levada ao extremo no fim do século XX, com os novos fenômenos de regulação e de ‘privatização’ das funções administrativas e do aparelho organizativo destinado à sua realização.

Dessa forma, o reconhecimento de uma dimensão positiva dos direitos fundamentais, entre eles o direito social à saúde, significa que o Estado não deve apenas respeitá-los, mas também protegê-los.

É nesse contexto de Estado prestacional, que é possível uma averiguação mais específica no que tange à responsabilidade do Poder Público pela ausência ou por falhas na prestação de serviços públicos de saúde, objeto de estudo do presente trabalho.

O direito à saúde e à vida humana, resguardados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), é garantia fundamental e irretirável. O fundamento jurídico de tal responsabilidade está estampado no art. 37, parágrafo 6 da CF/88. Esta é a responsabilidade pelo fato do serviço de que a Administração pode se eximir, total ou parcialmente, mediante prova de força maior, do fato necessário ou inevitável da natureza, ou da culpa exclusiva da vítima.

Se o dano é resultante de omissão do Estado, a doutrina e jurisprudência divergem, entendendo alguns pela responsabilidade objetiva e outro pela responsabilização somente se demonstrada a culpa do serviço.

Em princípio, o Estado responde pelos danos sofridos em consequência do funcionamento anormal de seus serviços de saúde, exonerando-se dessa responsabilidade mediante a prova da regularidade do atendimento médico-hospitalar prestado, decorrendo o resultado de fato inevitável da natureza.

Tal responsabilidade também encontra guarida no art. 927 do Código Civil brasileiro. A análise do ato ilícito, que está positivada nos arts. 186 e 187 do Código Civil brasileiro é o primeiro ponto a ser abordado, podendo ser definido como aquele que se caracteriza pela infração ao dever legal de não violar direito ou lesar outrem.

Ato ilícito, portanto, é uma fonte de obrigação e, tal como o lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, contrária à ordem jurídica.

Logo, fica demonstrado que o dano decorrente de ineficiência do serviço de saúde pública, seja por ausência ou por falha, caracteriza a responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Ocorre que, a saúde pública, como direito social, encontra percalços, principalmente de natureza econômica, por demandarem do Poder Público prestações positivas, diferentemente dos direitos individuais. Ademais, tal direito, no mais das vezes, são proclamados de maneira genérica e abstrata, como fins, diretivas, metas a serem observadas na condução do Estado, o que também dificulta sua realização fática, por ficarem ao alvedrio da vontade política dos legisladores e governantes, ainda que muitos preguem a natureza vinculante de certas regras, mas sempre dentro de um campo de discricionariedade na escolha da forma de concretização das imposições constitucionais relacionadas ao direito social da saúde.

Em razão dessa ausência/ineficiência da Administração Pública na prestação do serviço de saúde que a população encontra, por meio de demandas judiciais a busca pela garantia dos seus direitos, tornando o Poder Judiciário protagonista na implementação de políticas públicas na área da saúde.

Conseqüentemente, tal ingerência do Judiciário na concretização da saúde coloca em conflito o interesse público, correlacionado à tentativa de equilíbrio das contas e orçamentos e o interesse particular, exteriorizado nas mazelas dos cidadãos desprovidos de razoáveis recursos financeiros.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivos proceder a uma análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado, adentrando no estudo da responsabilidade estatal por omissão sobre a sua natureza jurídica na doutrina e nas jurisprudências mais atuais. Pretende-se ainda analisar a saúde pública no Brasil, mostrando que tal direito compõe o

rótulo de direitos fundamentais na garantia do mínimo existencial, o que exige do Poder Público uma prestação de qualidade. Além disso, abordar o argumento de defesa estatal sobre a escassez de recursos públicos com base no princípio da reserva do possível o que dificulta a concretização de tal direito. Por fim, será avaliado o papel do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde, sua possível interferência no âmbito dos demais poderes, mostrando as decisões judiciais e a análise de caso concreto mais recentes e corriqueiros.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica sobre a temática, principalmente no que se refere ao conceito de responsabilidade civil extracontratual do Estado, nas condutas comissivas e omissivas; utilização de pesquisa documental nos principais julgados dos tribunais superiores em relação as decisões judiciais sobre a saúde pública, incluindo a análise do estudo do caso concreto sobre o fornecimento de medicamento a pacientes a partir de medidas judiciais.

A pesquisa documental consistiu no estudo de documentos pertinentes à consecução dos objetivos deste trabalho tais como doutrina, constituições, leis, estatutos, repertório jurisprudencial, dentre outros.

No primeiro capítulo será abordado a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, haja vista tratar-se de um conceito que foi construído historicamente. Será demonstrado a responsabilidade estatal nos mais diversos ordenamentos jurídicos, com ênfase no final para o Estado brasileiro, bem como esmiuçar as diversas teorias da responsabilidade civil estatal e mostrar a adotada pela Constituição Federal brasileira de 1988.

No segundo capítulo abordará a reponsabilidade por omissão estatal, que reconhece as hipóteses de omissão como a ineficiência ou não prestação do serviço público. Outrossim, apresentará as teses doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do presente instituto, bem como a efetivação do direito à saúde pública no Brasil percorrendo o seu enfoque na Constituição Federal de 1988, e mostrando a ineficiência no serviço pública na área, fator essencial para explicar a responsabilidade por omissão estatal.

Por último, o terceiro capítulo será feita uma análise detalhada da atuação do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde pública, expondo o principal argumento de defesa estatal para sua omissão, qual seja, a reserva do possível em contraponto ao mínimo existencial. Além disso, será demonstrado como se dar o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas de saúde, sem que interfira direta ou indiretamente no âmbito dos demais poderes, por meio da análise de julgados mais recentes. No mais, no último tópico do presente capítulo será abordado a desjudicialização da saúde pública na garantia da separação dos poderes.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade civil, também denominada extracontratual, tem sua origem no Direito Civil, consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano. É modalidade de obrigação extracontratual (GONÇALVES, 2014).

No direito brasileiro, desde a Constituição republicana de 1946, a responsabilidade civil, como regra geral, é orientada pela assim chamada teoria da causalidade direta e imediata, assunto que será abordado no presente capítulo. Segundo tal teoria, ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa, e somente se considera causa, o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso. Portanto, só origina responsabilidade civil, em princípio, o nexo causal direto e imediato, ou seja, deve haver ligação lógica direta entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o dano efetivo.

No âmbito do Direito Público, objeto do presente estudo, tem-se que a responsabilidade civil do Estado se revela na obrigação que tem o Poder Público de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, isto é, na qualidade de agentes públicos, causem aos particulares.

De certo, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.

É a ideia fundamental, conforme Alexandrino e Paulo (2014), se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome do Estado. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da igualdade.

Ainda sob esse enfoque, observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Logo, seria injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

É nesse sentido, que será estudado nesse capítulo a evolução histórica da responsabilidade civil extracontratual do Estado, assim como suas diferentes teorias no direito brasileiro e o tratamento constitucional no ordenamento jurídico nacional.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Numa retrospectiva histórica a responsabilidade do Poder Público é relativamente linear, “com progressiva consagração jurisprudencial de soluções favoráveis às vítimas” (PAILLET, 1996, p. 1). Evolução que experimentou etapas. Migrante da irresponsabilidade plena para responsabilidade limitada pela noção privatista de culpa, tal limitação paulatinamente cedeu e fez vislumbrar-se a “culpa anônima do serviço”. Depois, a responsabilização de ordem objetiva.

De tal, começar-se-á com a análise cronológica da responsabilidade do Estado, começando com a Idade Antiga, passando pela Idade Média e Moderna e terminando na Idade Contemporânea.

Nas civilizações antigas, os Códigos de Hamurabi e o de Manu e o antigo ordenamento hebreu traziam a ideia de punição em virtude do dano. Aquele que ofendia deveria sujeitar-se ao mesmo sacrifício por ele imposto à vítima. Nesse sentido, Esteves pontua (2003, p. 8):

[...] as antigas civilizações pré-mediterrâneas cuidaram do tema, registrando-se no Código Hamurabi, no Código de Manu e no antigo ordenamento hebreu, a ideia de punição do dano, mediante sujeição do ofensor ao mesmo sacrifício infligido ao ofendido. É ainda o autor quem atribui à civilização helênica o legado da fixação do conceito de reparação do dano causado, “com sentido puramente objetivo e independentemente da afronta a uma norma predeterminada”.

Esteves (2003) assevera que no Direito Romano, a responsabilidade civil passou por três fases.

Na primeira, nutria-se a ideia de vingança coletiva que consistia na reação da coletividade contra o agressor de seus membros. Num segundo momento, prevaleceu o entendimento da vingança privada. Nessa fase, o poder de vingança era exclusivo da vítima ou de sua família, não mais da coletividade.

Na segunda fase, o Poder Público passa a interferir por meio de regulamentação tendo por princípio a punição do mal com o mal. Nesse sentido, dispunha a Lei de Talião que contempla a ideia de dente por dente e olho por olho. Além da regulamentação, ao Poder Público era conferida a competência para declarar em que hipótese e em que condições deveria se dar a retaliação. A Lei das XII Tábuas continha “os fundamentos justificadores da atuação do agente público nessa intermediação entre o ofensor e o ofendido, norteando para o entendimento da composição” (VENOSA, 2003, p. 14). Essa Lei representou a fase de transição da composição voluntária para a composição legal. Não se consolida, nesse momento histórico, a ideia de satisfazer a vítima pelos danos sofridos, mas a de impor pena, sanção ao ofensor e nem se distinguia responsabilidade civil da responsabilidade penal. Da mesma forma, não se cogitava, ainda, da culpa como fundamento justificador da contrarreação do ofendido.

Ainda na segunda fase evolutiva da responsabilidade, a legislação passa, ainda que de modo insipiente, a contemplar ofensa ao indivíduo e ofensa à ordem pública. Daí, então, delito privado e delito público. Nos casos de delitos públicos, o resultado da pena econômica imposta ao infrator, destinava-se aos cofres públicos, ao passo que nos casos de delitos privados, o resultado da pena econômica destinava-se ao ofendido.

Na terceira fase dessa evolução histórica da responsabilidade civil do Direito Romano, a matéria foi regulamentada pela Lei Aquília, resultante de plebiscito proposto pelo tribuno Lúcio Aquílio, nos tempos da República Romana (VENOSA, 2003). Essa lei revogou a legislação anterior que dispunha sobre o dano e a reparação, substituiu o sistema de pena fixa, até então vigente, pelo sistema de pena proporcional ao dano causado. Outra novidade introduzida pela lei em comento foi à vítima apontar o causador do dano, ela teria de provar a culpa do ofensor, se desejasse indenização pelos danos sofridos.

Concluindo, a Lei Aquília, além das inovações registradas acima, estabeleceu que não bastava impor sanção ao causador do dano, mas impor também a ele o dever de indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos.

Dessa forma, viu-se que a repulsa à ofensa sofrida, ou a ideia de reação contra o ofensor nasceu com o homem e sofreu significativa evolução desde os primórdios até a Direito Romano, passando pelos Código de Hamurabi e de Manu, antigo ordenamento hebreu e a Lei Aquília, que lançou as bases para a tratativa da responsabilidade civil na sua época e para o direito contemporâneo. A base central do entendimento sobre a responsabilidade civil, inclusive do Estado, funda-se nas premissas da lei em destaque (VENOSA, 2003).

A Idade Média caracteriza-se pela pluralidade de sistemas legislativos decorrentes das conquistas resultantes da evolução dos povos. Esses avanços respeitaram os princípios do Direito Romano que prevaleceram no tempo até os dias atuais com as variações e aprofundamentos exigidos pela sociedade em constante mutação, principalmente no que tange aos costumes, aos valores e, contemporaneamente, aos direitos fundamentais.

Sobre essa fase, Esteves (2003, p. 13) assevera:

A autonomia de certas monarquias e a consequente estruturação da figura e da doutrina do Estado, demarca o fim do período medieval, dão impulso necessário à afirmação do direito público, que, a seu turno possibilita o desenvolvimento da ideia de responsabilização penal.

Conclui-se que na Idade Média, a ideia de dolo e de culpa, no sentido estrito, concorreu para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. A primeira relativa aos danos de natureza civil e a segunda, decorrente de danos na esfera penal.

No Direito contemporâneo, cujas raízes fincam-se no Direito Romano, consagram-se três espécies de responsabilidades: penal, civil e administrativa. O marco desse progresso é o Código Civil francês, denominado Código de Napoleão. O art. 1.832 contém a regra que obriga o causador de dano a repará-lo à vítima, tendo agido com culpa. A regra consagrou, portanto, o princípio da responsabilidade com culpa ou responsabilidade subjetiva. Com base nessa teoria, a vítima terá de provar, na instância própria, que sofreu o dano e o causador atuou com culpa.

O citado Código serviu de inspiração para as legislações de quase todos Estados soberanos, em matéria de responsabilidade civil. A jurisprudência e a evolução tecnológica e social contribuíram para a evolução da ideia da responsabilidade civil, alcançando, além da pessoa natural, a pessoa jurídica de direito privado e a pessoa jurídica de direito público.

1.2 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Considerando o objetivo dessa peça introdutória examinar-se-á a evolução da responsabilidade civil do Estado que surgiu desde a época da Idade Antiga até os tempos contemporâneos, partindo-se, primeiramente da irresponsabilidade, passando pela responsabilidade subjetiva e chegando à responsabilidade objetiva, que é a adotada, na maioria, pelos ordenamentos jurídicos atuais (JORGE, 1995).

1.2.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

A teoria da irresponsabilidade do Estado consiste na ideia de que o Estado não seria responsável pelos danos a que se submetessem os administrados em razão da atuação de seus agentes. Isto é, quando o Estado age no interesse de todos, a ninguém prejudica.

Vários são os argumentos que justificam essa teoria da irresponsabilidade. Ressalta-se a teoria divina dos reis, justificadora do absolutismo. Segundo a qual os reis são representantes de Deus na Terra, por isso, cumprem a vontade Dele, vontade inquestionável. Por esse motivo, a vontade dos reis é soberana e igualmente inquestionável. Assim, por mais duras e perversas que fossem as suas decisões e condutas em desfavor dos súditos, não poderiam se submeter à censura, visto estarem realizando a vontade divina.

Nesse contexto, conforme ensina Dergint (1994), seria inconcebível a ideia de que o Estado pudesse vir a ser responsabilizado em virtude de danos causados aos seus súditos. Daí as afirmativas: o Rei não erra, o Rei não pode fazer mal (*le roi ne peut mal faire*), aquilo que agrada ao Príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*), o rei não pode errar (*the king can no wrong*). Luís XIV foi além, sustentando-se, o Estado sou eu (*L'État c'est moi*).

Outras justificativas em favor da irresponsabilidade do Estado: o Estado quando no exercício de suas funções impõe sacrifício aos seus súditos, não o faz para fins próprios, mas em benefício deles destinatários das ações de governo. Assim, a conduta não deve gerar-lhe qualquer forma de responsabilidade; os atos dos funcionários administrativos não podem ser considerados atos de Estado. Eles não são representantes do Estado. Este é representado apenas pelo chefe de governo; o Estado não pode prestar conta a sua própria autoridade, entre outras.

Ressalta-se que, por mais esdrúxulo que atualmente pareça, a tese da irresponsabilidade “encontrou reflexos na modernidade, tanto que os Estados Unidos e a Inglaterra continuaram a adotá-la” (CRETILLA JÚNIOR, 1998, p. 60-61).

Sobre o tema Cahali (2007, p. 20) apresenta três postulados:

A teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a reponsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine* próprio.

Com a adoção do Estado de Direito com a tripartição dos poderes, contemporaneamente denominada separação de funções: legislativa, executiva e judiciária, o Estado passa a se submeter às leis, nas mesmas condições a que submetem os administrados ou cidadãos. Ora, se o cidadão, mesmo quando considerado súdito, já era responsável por seus atos obrigando-se a responder pelos danos que causassem a outrem, é razoável conceber-se, nessa fase histórica, o dever do Estado de responder pelos danos que causar a membros da sociedade, nos termos da lei. Dessa forma, pode-se afirmar que, a valorização dos direitos não se compadeceu com a ideia de que a vítima não tivesse contra o Estado direito a uma reparação.

A primeira notícia que se tem de reconhecimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado veio da França. Trata-se do caso Rotschild, julgado em 1855. A Corte entendeu, nesse caso, no sentido de que o “Estado se sujeitava a uma responsabilidade especial que não decorria do Código Civil, mas de disciplina informada pelo Direito Público” (ESTEVEVES, 2003, p. 13).

Com essa decisão inicia-se lento processo de passagem da fase da irresponsabilidade para a da responsabilidade subjetiva, com culpa. Diversos países resistiram, por muito tempo, à ideia da responsabilidade do Estado. Os últimos a admitir a possibilidade de serem responsáveis civilmente, foram os Estados Unidos, em 1946 e a Inglaterra, em 1947.

1.2.2 Teoria civilista

Na segunda metade do século XIX, a teoria da responsabilidade do Estado com culpa consolidou-se. A persistência dos administrados na busca perante o Judiciário ou os tribunais administrativos, de seus direitos em face de atos praticados por agentes públicos que lhes causaram danos, fez com que os órgãos julgadores, aos poucos, fossem se convencendo de que os postulantes tinham direito e, conseqüentemente, o Estado demandado, o dever de reparar o dano, mesmo não tendo, ainda, legislação sobre a matéria. Entretanto, a vítima teria de provar que o agente público fora, culposamente, o causador do dano alegado. Esse procedimento é o cerne da teoria civilista baseada na culpa do agente (CALIXTO, 2010).

Nessa fase histórica da responsabilidade civil, a vítima além de provar o dano e provar quem foi que o causou, terá de provar a culpa do agente.

O segundo caso de decisão jurisdicional reconhecendo o dever do Estado de indenizar vítimas de dano causado por seus funcionários, é também da França. Refere-se o conhecido caso Blanco. Cuida-se de um acidente em que foi vítima a pequena Agnès Blanco, atropelada na cidade de Bordeaux, na França. Quando a menina atravessava a rua, foi colhida por um trem que transportava tabaco manufaturado por uma empresa estatal francesa (CARVALHO FILHO, 2014).

O pai de Agnès, inconformado, ingressou na Justiça comum contra o Estado francês e contra quatro funcionários responsáveis pelo transporte, postulando indenização pelos danos morais causados à filha. O Tribunal suscitou conflito de competência por entender tratar-se de matéria reservada aos tribunais administrativos. Por esse motivo, os autos foram remetidos ao Tribunal de Conflitos para que o mesmo se pronunciasse quanto à competência declarando tratar-se de competência do Judiciário comum ou de Tribunal Administrativo. O relator do feito no Tribunal de Conflito foi o Conselheiro David, cujo voto, acompanhado pelos demais conselheiros, concluiu que ao juiz administrativo competia o julgamento daquela ação, considerando que a causadora do dano foi uma empresa prestadora de serviços públicos pertencente ao Estado francês.

Referindo-se ao aresto, Vedel (1992) comenta que os conselheiros entenderam, naquele julgamento, que os danos causados pelo prestador de serviços públicos devem ser julgados, de preferência, pelo juiz administrativo. E ainda formularam a ideia de que a responsabilidade por danos causados por servidores públicos deve ser regada por princípios autônomos, distintos daqueles editados pelo Código Civil, referentes à relação entre particulares.

Essa decisão é considerada pela melhor doutrina, o marco definitivo do reconhecimento da responsabilidade extracontratual do Estado e da autonomia do Direito Administrativo.

Entretanto, a consagração da teoria da responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros, não se deu por ocasião da decisão do caso Blanco. Foi necessário o decurso de quase um século. Como se viu, os Estado Unidos e a Inglaterra somente reconheceram a responsabilização, da década de 40 (quarenta) do século XX.

Nesse processo evolutivo da responsabilização civil estatal cuidam-se da classificação dos atos administrativos quanto ao objeto em atos de império e atos de gestão. Assim, dividiram-se as funções do Estado em duas classes. A primeira compreende as ações decorrentes do poder de império conferido ao Estado e a segunda congrega as atividades da

Administração Pública relacionadas à gestão e ao gerenciamento. Tem-se aí, então, os atos de império e os atos de gestão (CAHALI, 2007).

Da primeira categoria são aqueles impostos a indivíduos, sacrificando-lhes direitos, impondo-lhes obrigações em benefícios da coletividade ou interesse público. São exemplos, a manutenção da ordem, a segurança, os atos decorrentes do poder de polícia, entre eles a desapropriação, o tombamento, a apreensão de carteira nacional de habilitação para dirigir pertencente a condutor infrator da lei de trânsito, o embargo de construção civil. Esses atos, em regra, só o Estado detém a prerrogativa para praticá-los, podendo, alguns deles, serem delegados a autarquias, pessoas jurídicas de direito público interno.

Da segunda categoria, atos de gestão são, a grosso modo, os demais atos emanados da Administração Pública, que não se enquadram na primeira categoria. Cahali (2007, p. 22) sobre a função de gestão assevera:

São funções facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura; quando realiza as funções necessárias, age como Poder Público, soberano; quando realiza as funções contingentes, age como gestor de interesse coletivo.

São exemplos de atos de gestão: admissão de pessoal, gestão de pessoal, contratação e execução de obras e serviços, aquisição e alienação de bens, locação de imóveis e de equipamentos.

Essa divisão de funções, no primeiro momento, teve por finalidade precípua reconhecer a responsabilidade civil do Estado, em parte. Assim, os atos decorrentes do poder de império não se sujeitavam a qualquer espécie de julgamento, ainda que danoso aos súditos, não geravam a eles o direito de reparação. No exercício da atividade de gestão admitia-se o controle nos casos de atos praticados por agentes públicos causadores de dano a terceiros. Se comprovada a culpa do agente, admitia-se a indenização correspondente ao sacrifício. Entretanto, se a vítima não provasse a culpa do agente não faria jus à indenização.

Hodiernamente, a distinção das funções de império e de gestão do Estado não faz mais sentido no tocante à responsabilidade civil. Qualquer ato do Estado causador de dano, nos termos da legislação, gera à vítima o direito de indenização, comprovada a culpa, no âmbito da teoria civilista.

A teoria civilista apresentou inestimável avanço se comparara com a teoria da irresponsabilidade. Todavia, considerando as atividades do Estado e as suas prerrogativas, a responsabilidade subjetiva, ou com culpa restou insuficiente para atender aos reclames das

peessoas lesadas em virtude de atos danosos editados por agentes públicos. A produção de provas contra o Estado é missão difícil quando não impossível, principalmente considerando a excelência da advocacia pública.

Por esses motivos, evoluiu-se para a terceira teoria, a denominada teoria publicista, segundo a qual o Estado responde objetivamente.

1.2.3 Teoria publicista

A responsabilidade subjetiva do Estado, a despeito de representar avanço extraordinário, não é suficiente para a satisfação dos interesses do particular decorrentes de danos causados por agentes públicos no desempenho de suas funções.

Em virtude dessa insuficiência, considerando principalmente o campo de abrangência da atividade estatal, cogitou-se de desenvolver uma terceira teoria, a publicista. Os primeiros estudos nesse vetor inspiram-se, na decisão do Tribunal de Conflito francês proferida no caso Blanco, referido no subitem anterior. Na busca de uma teoria publicista, própria e independente do Direito Civil, a doutrina, a jurisprudência e a legislação em diversos países, desenvolveram-se coesas perseguindo o mesmo objetivo.

Di Pietro sintetiza, com precisão, o conceito da responsabilidade objetiva (2014, p. 719):

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado: a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da sociedade) e **anormal** (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrente da atuação estatal; c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. (Grifo nosso)

Dessa forma, o fundamento basilar da teoria da responsabilidade objetiva do Estado consiste na repartição dos ônus sofridos pelo indivíduo ou por alguns indivíduos, entre os membros da sociedade. Isso porque os benefícios resultantes da ação estatal são repartidos com toda sociedade. Não seria justo que o membro dessa sociedade sacrificado em benefício de todos, suportasse sozinho os danos que lhe causou o Estado atuando no interesse público.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta duas subteorias: a do risco do serviço e a do risco integral.

A teoria do risco do serviço parte da ideia de que a atuação do Estado, no cumprimento de seus deveres constitucionais, pode expor as pessoas em risco de dano em virtude de sua complexidade e necessidade. Causado danos que lhe são, por esses motivos, inerentes, o Estado responde reparando o prejuízo causado à vítima, independentemente do agente público ter agido com culpa ou com dolo. Na relação Estado e a vítima, não se perquire culpa e nem dolo. Basta nesse caso, a existência do dano e do nexo de causalidade. Só se investiga a culpa ou o dolo do agente público, na relação deste com a Administração, na via de regresso.

Admite-se, entretanto, na teoria do risco do serviço, hipótese de excludentes de responsabilidade do Estado. São elas: a culpa exclusiva da vítima verificada nos casos em que ela tenha concorrido para o evento danoso. Porém, compete ao Estado provar a existência de excludente; caso fortuito e força maior; e nos casos de o agente público causador do dano não estar, no momento do evento, no exercício das funções decorrente do cargo que ocupa na entidade ou órgão público.

Já a teoria do risco integral é mais ampla do que a do risco do serviço. Ela é mais benéfica à vítima e, conseqüentemente, mais onerosa ao Estado. Em princípio, com base nessa teoria não se cogita de excludentes de responsabilidade, principalmente a da culpa da vítima. O ordenamento jurídico brasileiro acolhe essa teoria com parcimônia admitindo-a em poucos casos, como por exemplo, danos nucleares, previsto no art. 21, inciso XXIII, “d” da Constituição Federal e danos ambientais, de acordo com a jurisprudência. Quanto a este último, é importante transcrever, em síntese, o Informativo 507 do Superior Tribunal de Justiça, de decisão sobre o tema por essa corte prolatada:

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, não se admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade. Conforme a previsão do art. 14, §6, da Lei n. 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§2 e 3 da CF/88, a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique risco para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluído-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade.

1.3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A doutrina majoritária sustenta que o Estado brasileiro não experimentou a fase da irresponsabilidade, visto que os tribunais, mesmo na inexistência de norma positivada

reconhecendo a responsabilidade do Estado, construíram jurisprudência reconhecendo a responsabilidade.

Para alguns doutrinadores, mesmo antes do Código Civil brasileiro, já existia o princípio da responsabilidade civil do Estado, nos termos da Lei federal n. 221, de 20 de novembro de 1894, que atribuía ao Judiciário competência para julgar questões reivindicatórias de indenização e outros direitos por particulares contra a Administração Pública e da Administração Pública contra o administrado. Assim, estava mesmo que implicitamente, na lei, o dever do Estado de indenizar o particular pelos danos a ele causados em decorrência de agente público.

O atual texto constitucional, prevê o instituto da responsabilidade civil do Estado no artigo 37, §6.

1.3.1 Teoria da responsabilidade extracontratual do Estado nas Constituições brasileiras

A Constituição imperial atribuía aos empregados públicos a responsabilidade pelos danos por eles causados a terceiro e à Administração Pública por abusos ou omissões no exercício de suas funções, art. 179, *in litteris*:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos Cívicos e Políticos dos Cidadão Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Consoante tal norma, o Estado reconheceu às vítimas de danos causados por seus empregados, o direito de serem indenizadas. Mas se exclui do dever de indenizar. Ante essa disposição constitucional parece incorreto afirmar-se que nesse primeiro momento, o Estado brasileiro não era irresponsável. A vítima tinha o direito de postular indenização, mas somente contra o funcionário. O Estado não era demandado. Então, irresponsável.

Nesta Constituição havia uma ressalva: o Imperador não poderia ser responsabilizado por danos causados a terceiros. Ele era detentor de um poder à parte, o Poder Moderador, que trabalhava ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, com a finalidade de controlar a organização política do Império. Esse poder era de titularidade exclusiva do Imperador e liberava-o de ser responsabilizado por qualquer ato praticado,

conforme artigo 99 ao afirmar que “a pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: ‘elle’ não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Traduzindo a ordem constitucional republicana, a Carta Magna de 1891, de acordo com Cretella Júnior (1998), praticamente reproduziu o dispositivo constitucional imperial. Manteve incólume as balizas mestras do instituto, com módicas alterações textuais. O *caput* do novel artigo 82 preconizou o seguinte: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

O conteúdo desse texto é o mesmo contido no art. 178, da Constituição de 1824. Assim, no primeiro momento da República, o Estado brasileiro continuou se eximindo da responsabilidade em virtude de danos causados a terceiros por seus funcionários.

A segunda Constituição da República inovou em matéria de responsabilidade, comparada com as duas anteriores. Nos termos do seu art. 171, os funcionários públicos respondiam solidariamente com as Fazendas Públicas Nacional, Estadual e Municipal pelos danos por eles causados a terceiros, por negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Os parágrafos 1 e 2 do mesmo artigo instituíram o direito de regresso do Estado contra o funcionário, nas hipóteses de ações ordinárias de indenização, em virtude de danos por eles causados a terceiro. Nesse caso, o funcionário integraria a lide na condição de litisconsorte. Caso o Estado viesse a pagar a indenização reclamada, deveria executar o funcionário causador do dano.

Conquanto ainda prevalecer, naquele período, a ideia de culpa regulada pelo Direito Civil, houve extraordinário avanço em benefício da vítima. Baseada no instituto da solidariedade, ela poderia optar por acionar o devedor solidário que apresentasse melhores condições para suportar o ônus da indenização, normalmente a Fazenda Pública, principalmente nos casos em que, comprovadamente, o funcionário causador dos danos não tem a menor condição para suportar a despesa indenizatória.

A Constituição de 1937 nada inovou em matéria de responsabilidade civil do Estado. O seu art. 158 repetiu integralmente o texto do art. 171 da Constituição de 1934. O que foi dito em relação à Constituição anterior, aplica-se aqui.

No que se refere à Constituição de 1946, esta rompeu a ideia de culpa, adotando a responsabilidade objetiva conforme prescrevia o seu art. 194 nos seguintes termos:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causar a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa deste.

Como se percebe, o *caput* do artigo cuida da responsabilidade objetiva do Estado e no parágrafo único, cogita da culpa dos funcionários que causaram danos a terceiros. A vítima nada tem a ver com a regra do citado parágrafo. Essa só se aplica na relação do Estado com o funcionário causador do dano, na ação de regresso, nos casos de condenação em conformidade com a regra estatuída no *caput* do artigo supra.

Com a emenda n. 1/69, a Constituição de 1967 não trouxe qualquer inovação. No entanto, é importante registrar que, embora a Constituição e foco tenha sido concebida no regime militar, foi meritória, pelo fato de consolidar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno. Consoante art. 105:

Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Por sua vez, a Constituição atual de 1988 mantém a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno e inova estendendo a obrigação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. É o conteúdo do parágrafo 6, do art. 37, *in litteris*:

Art. 37. [...]

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

A Constituição inovou também substituindo a expressão “funcionário público” por “agentes”. O termo “agente” é mais abrangente. Ele compreende todas as categorias de agentes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e os empregados e dirigentes de todas entidades privadas particulares prestadoras de serviço público que direta ou indiretamente tenham contribuído para a ocorrência de dano reparável.

A análise do dolo ou da culpa só é essencial nos casos de ação regressiva do Estado ou da entidade privada prestadora de serviços públicos, contra seus agentes. A vítima não tem ônus de provar dolo ou culpa. Ela, com vistas, à reparação do dano que sofrera, deve alegar e comprovar apenas a ocorrência do dano e o nexo causal.

Não havendo culpa ou dolo do agente ou se for impossível identifica-lo nos casos de culpa anônima, prevista no Direito francês, as pessoas a que se refere o art. 37, §6, da Constituição de 1988, respondem perante a vítima e arcará com os ônus, por não terem contra quem regressar.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

A atividade administrativa pública, como qualquer outra, não está imune à produção de danos. Danos causados por atividade administrativa pública são aliás mais frequentes, diversificados e em maior monta, como a expansão – em volume e variedade – das tarefas impostas ao Estado Social. Não só condutas administrativas positivas (ações) geram danos. A omissão do Poder Público pode vir a prejudicar terceiros, rendendo azo a indenizações.

Afora os comportamentos administrativos, o Estado pode vir a prejudicar terceiros com eventual omissão. Mencionem-se, no particular, danos oriundos de inação legislativa e de demora na prestação jurisdicional.

É o caso da prestação ineficiente do serviço público de saúde, no qual, o Estado, em razão de sua inação, acaba gerando consequências irremediáveis àqueles usuários de tal serviço.

Tais prestações de serviços, por sua ineficiência, falta de recursos e até mesmo de boa vontade dos agentes públicos, ocasionam diversos tipos de transtornos aos usuários, dentre os quais se pode mencionar a demora nos atendimentos, falta de medicamentos, inexistência de leitos para internamentos ambulatoriais, dentre outros.

Assim, a ideia da responsabilidade objetiva do Estado, logo após um estudo sobre a responsabilidade por omissão, deve ser o ponto de partida para que se chegue a uma conclusão sobre a obrigação estatal de reparar ou indenizar os danos causados aos cidadãos pela prestação deficiente dos serviços de saúde.

É por isso que no presente capítulo, serão estudados, primeiramente o conceito de responsabilidade civil do Poder Público por suas omissões sob os aspectos de suas correntes doutrinárias, e posteriormente, a ineficiência na prestação do serviço público de saúde no Brasil e a natureza jurídica da obrigação estatal na reparação dos danos causados pela sua inação.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Sabendo que, como regra, a responsabilidade civil do Estado, desde a Constituição de 1946, é a objetiva, na sua modalidade risco administrativo e, tão somente, na hipótese de danos que decorram direta ou indiretamente de alguma atuação, ou seja, de alguma conduta comissiva de seus agentes, é equivocado afirmar que, em qualquer situação, o Poder Público responderá extracontratualmente sem a necessidade de comprovação de culpa pelos seus agentes.

Apesar da Constituição Federal de 1988 não trazer qualquer regra expressa relativa a responsabilidade por danos ocasionados por omissões do Poder Público, a jurisprudência com amparo na doutrina administrativista, construiu o entendimento de que é possível, sim, resultar configurada a responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por omissão estatal, gerando para o ente público o dever de indenizar.

Na presente subseção tratar-se-á da divergência atualmente existente, entre doutrinadores e aplicadores do Direito, sobre a natureza da responsabilidade civil do Estado por suas condutas omissivas.

O dissenso se desenvolve a partir do art. 37, §6º da CF/88, o qual dispõe sobre a responsabilidade estatal, questionando-se se este alcançaria as condutas omissivas causadoras de danos.

2.1.1 Corrente subjetivista

Para corrente subjetivista, que tem como expoentes Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), o Estado responde subjetivamente em relação às suas omissões, aplicando-se a teoria da culpa do serviço ou da culpa anônima do serviço público, sendo indiferente saber quem é o agente público responsável. Para essa teoria, o Estado terá o dever de indenizar sempre que restar provado que o serviço não funcionou quando deveria funcionar, que funcionou atrasado ou funcionou mal. Isto é, as modalidades omissivas seriam a inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço.

Nos ensinamentos de Di Pietro (2014, p. 728), na maioria das vezes, “os danos resultantes de omissão não decorrem de atos do Poder Público, mas sim de atos de terceiros ou da natureza, que o agente tinha o dever de evitar e podia fazê-lo, tendo, no entanto, permanecido inerte”.

Explica, assim, que deve ser aplicado o princípio da reserva do possível, o qual, consoante a autora, representa uma aplicação do princípio da razoabilidade. Nesse sentido, deve-se verificar o que seria razoável exigir do Estado para que o dano fosse impedido.

Nas palavras de Di Pietro (2014, p. 728-729):

Por outras palavras, enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado. Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou o dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Do trecho acima colacionado depreende-se, ainda, que, vigora nas hipóteses de responsabilidade subjetiva uma presunção de culpa do Poder Público.

Assim, além de não ser necessário à vítima individualizar o agente causador do dano, cabe ao Estado afastar a sua responsabilidade demonstrando que atuou de forma diligente, utilizando os meios necessários e agindo de forma compatível com o que seria razoável exigir. Caso não consiga fazê-lo, incidirá na hipótese o dever de indenizar.

Nessa mesma linha, e com alguns nuances referentes aos fundamentos, também é defendida a incidência da teoria subjetiva nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, exigindo, todavia, a comprovação da culpa para surgir a responsabilidade. Desse modo, que “a culpa resta configurada quando o Estado viola o dever jurídico de impedir a ocorrência do dano” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 513).

Outra defensora da incidência da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público é Lúcia Valle Figueiredo (2000), a qual afirma que, em havendo conduta omissiva de agente público, deve-se perquirir a respeito da existência do dever de agir naquela situação. Diz mais, que “não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*” (FIGUEIREDO, 2000, p. 281).

No mesmo sentido, Mello (2013) explica que se o Estado não agiu, não pode ser responsabilizado pela ocorrência do dano, exceto se estivesse o dever de impedi-lo. Em suas palavras, “só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo” (MELLO, 2013, p. 1021-1024).

O autor destaca que, ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil por atos comissivos, é fundamental, aqui, que o Estado tenha incorrido em ilicitude, por não ter

impedido o dano ou por tê-lo feito de modo insuficiente, adotando “comportamento inferior ao padrão legal exigível” (MELLO, 2013, p. 1026).

2.1.2 Corrente objetivista

A corrente objetivista, por sua vez, foi adotada, de forma inédita pelo ordenamento jurídico brasileiro, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 13.076, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves. Em tal ocasião, porém, o pedido de indenização foi julgado improcedente, motivo pelo qual a decisão não teve maior relevância.

A primeira condenação do Estado por omissão pela Suprema Corte foi baseada na responsabilidade objetiva ocorreu em 1996, com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 109.615, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello. Vejamos:

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTO PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO RECONHECIDO [...]. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996)

Daí, então, foram proferidas diversas decisões adotando tal corrente, assim como outras aplicando a teoria subjetivista ou mista e, ainda, algumas sem explicitar o modelo de responsabilidade adotado.

Na doutrina, um dos principais defensores de tal corrente é Tepedino (2008, p. 221), para o qual “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte”.

Às críticas no sentido de que isso equivaleria a tornar o Estado um segurador universal, o autor responde afirmando que adotar a teoria objetiva não é o mesmo que adotar a teoria do risco integral, haja vista que aquela admite a incidência das causas excludentes do nexo causal.

Ademais, outro argumento trazido pelos partidários da teoria objetivista é o fato de o art. 37, §6º da CF/88 dizer apenas em danos causados por agentes estatais, não especificando se tais danos deveriam resultar de conduta comissiva ou omissiva.

Também defende tal corrente Calixto (2010, p. 239-240), o qual, após expor as posições contrárias à sua, esclarece que:

Certo é que a questão assume imensas proporções nos dias que correm, em especial se forem considerados os inúmeros danos conexos à escalada da violência que se observa nas grandes cidades brasileiras e que a Constituição da República impôs ao Poder Público o dever de debelar. Entretanto, posta a questão em termos exclusivamente jurídicos, acredita-se não ser realmente possível afirmar a permanência da culpa – mesmo referida ao serviço e não ao agente específico –, como fundamento da responsabilidade do Poder Público. Em verdade, a leitura atenta do art. 37, §6º da CF/88 – e também do art. 43 do Código Civil –, impede, efetivamente, que se insista no argumento da “culpa do serviço” (*faute de service*), a qual parece não encontrar aí o mais leve resquício, salvo, é claro, na referência expressa à culpa do agente, só relevante, porém, para que se julgue procedente eventual ação regressiva do Poder Público em face deste.

2.1.3 Corrente mista

Por fim, a corrente mista argumenta que incidirá a responsabilidade subjetiva ou a responsabilidade objetiva nos casos de omissão a depender do caso concreto. Para os partidários dessa teoria, existem dois tipos de omissões: a genérica e a específica.

A omissão genérica se verifica sempre que o Estado não tem o dever individualizado e a possibilidade de impedir a ocorrência de determinado dano. É o caso, por exemplo, de motorista embriagado que atropela e mata pedestre na beira da estrada (CAVALIERI FILHO, 2012). Assim, o Estado não é um segurador universal, argumenta-se, não pode responder por todos os danos, por todos os crimes.

Na omissão específica, por outro lado, o Estado deveria e poderia ter obstado o resultado danoso, mas queda-se inerte, e sua inércia é a responsável pela criação de situação propícia para a ocorrência do dano. Seria o caso, como exemplifica Cavalieri Filho (2012), de esse mesmo motorista ter, minutos antes, sido parado por policiais em uma patrulha rodoviária e por eles liberado para prosseguir viagem.

Em linhas gerais, para essa corrente, se o Estado não tinha o dever de atuar evitando a concretização de um determinado dano (omissão genérica), apenas poderá ser responsabilizado se restar comprovada a conduta culposa ou dolosa de seu agente (responsabilidade subjetiva). Já se existia para ele a obrigação individualizada de impedir a ocorrência de um prejuízo (omissão específica), responderá ainda que não tenha havido culpa ou dolo, sendo suficiente a prova do dano e do nexa causal (responsabilidade objetiva).

2.1.4 Alcance da norma contida no art. 37, §6º da CF/88 às condutas omissivas e a teoria adotada pelos tribunais.

A princípio, cumpre ressaltar, que a norma constitucional não faz distinção, quanto a natureza da responsabilidade, para casos de comportamentos comissivos e omissivos, mencionando somente que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos serão responsabilizadas pelos danos causados por seus agentes.

Ao analisar a norma constitucional, verifica-se que a exigência feita para se configurar a responsabilidade se restringe a existência de uma relação de causalidade entre a conduta do agente, seja ela comissiva ou omissiva, já que não foram feitas distinções, e o dano sofrido pelo particular, conforme aduzido no início do primeiro capítulo do presente trabalho.

Por conseguinte, fazendo uma interpretação literal do referido artigo, pode-se afirmar que a vontade do legislador foi responsabilizar entes federativos, as demais pessoas de direito públicos e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, por toda e qualquer conduta de seus agentes que, nessa condição, causarem danos a terceiros, por ato comissivo ou omissivo.

Note-se que o texto constitucional não apresenta qualquer distinção que justifique atribuir à inação do Estado tratamento jurídico distinto daquele conferido à ação no tocante à responsabilização.

Lembrando que a omissão da pessoa jurídica se deve necessariamente à omissão dos seus agentes, visto que, é por meio deles que se manifestam as entidades jurídicas, independentemente da razão para omissão: falta de planejamento, falta de disponibilidade financeira, desorganização, negligência, imperícia, dolo etc. (FURTADO, 2007).

Todavia, não se chega a ser necessário identificar o agente omissor para se obter a indenização. O Estado poderá ser responsabilizado pela omissão, ainda que não seja possível distinguir o agente que deixou de praticar o ato ou de desenvolver a atividade que lhe competia.

Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos defensores da aplicação da teoria subjetiva aos casos decorrentes de conduta omissiva, sustenta que a palavra “causarem” expressa no §6º do art. 37, abrange somente os atos comissivos, sendo os omissivos apenas condicionantes do evento danoso, ou seja, se mostrariam apenas como condição do dano e não como causa. Comentando o supracitado artigo, afirma Mello (2013, p. 873):

De fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

Depreende-se então, que o conceito de causa pode abranger as causas corrente ou concausas, caracterizadas por aquela situação que, uma vez suprimida, o dano não se verificaria da forma como ocorreu.

Segundo Ferreira (2010), do mesmo modo, a relação entre a inação do Estado e o dano, não é de causa e efeito, mas de condição. No entanto, a seu ver, mesmo considerando a que não evitou resultado como a *conditio sine qua non*, está estaria inserida no âmbito de aplicação art. 37, §6º da CF/88, uma vez que constitui a razão bastante da responsabilidade civil do Estado. Em seus próprios dizeres: “A não evitação do resultado como juridicamente exigida, aliada ao resultado de dano, constituem a ‘razão bastante’ da responsabilidade civil do Poder Público por omissão” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 56-57).

Maria Helena Diniz (2012) também entende que a teoria subjetiva deve ser aplicada aos casos de responsabilidade do Estado por condutas omissivas, devendo-se fazer a comprovação do dolo ou da culpa.

Diferentemente do expoente administrativista, Meirelles (2011) que defende a tese da responsabilidade objetiva, dispendo que esta se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão. Afirma o seguinte:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só **ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins**. Por isso, incide a responsabilidade civil **objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância** (MEIRELLES, 2011, p. 439).
(Grifo nosso)

Diga-se, aliás, que a reponsabilidade objetiva já vinha consagrada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1946, não havendo motivos para que o constituinte, quando da elaboração da CF/88, recuasse, distinguindo as duas condutas.

Admitir-se a tese contrária, seria permitir que o legislador tivesse recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva e regredindo aos tempos da culpa civilista no que se refere a inação estatal (BRAGA NETTO, 2014).

Tal entendimento torna-se ainda mais incoerente quando se analisa os avanços dados, em outras matérias constitucionais, tais como a substituição da expressão funcionário por agente, do art. 37, §6º da CF/88, no intuito de ampliar a incidência da responsabilização do Poder Público.

A redação do art. 43 do novo Código Civil corrobora a norma constitucional, dispensando a prova da culpa para fins de configurar a obrigação de indenizar, levando-se esta em consideração, somente, com relação a ação regressiva a ser movida em face do agente público.

Para alguns autores, contrários a esta tese, o fato do Estado agir licitamente, em desconformidade com o que preceitua a lei, caracterizaria a existência do elemento subjetivo, ensejando a responsabilidade subjetiva, e conseqüentemente, a necessidade de comprovação do dolo ou culpa.

Ora, mesmo firmando o entendimento de que a conduta omissiva é sempre antijurídica, não estaria afastada a responsabilidade objetiva do Estado. Isso porque a prova de que o dano sofrido decorre da omissão ou da ação do Estado está relacionada ao nexo de causalidade, e não a averiguação da culpa ou dolo.

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 1031) exemplifica:

Para melhor entendermos a questão, tomemos como exemplo situação comum em centros urbanos: a queda de árvores em veículos estacionados em vias públicas. O Poder Público é chamado a ressarcir esse tipo de dano, porque lhe compete conservar as vias públicas, adotando as medidas necessárias à segurança e à preservação da integridade das pessoas e dos bens que por elas trafegam. Na hipótese de árvores ou galhos que danificam veículos, o Estado é chamado a ressarcir o prejuízo, independentemente de culpa, em razão do nexo de causalidade decorrente de omissão, que deve providenciar a poda das árvores, e o dano dela decorrente. Se, todavia, o poder público é demandado e demonstra que adotou todas as providências que lhe cabia, ou seja, que realizou a poda com a observância de todos os parâmetros técnicos e ambientais exigidos, e que, em razão de forte vendaval – de intensidade poucas vezes vista naquela região – houve dano, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. No caso, se o Estado logra demonstrar que não houve omissão, ele é isento de responsabilidade porque descaracteriza o nexo de causalidade, e não porque houve ou deixou de haver culpa.

Dessa forma, segundo o entendimento do autor, as duas teorias não se diferenciam tanto uma da outra. Na concepção subjetivista, a culpa do Poder Público reside exatamente na própria inação, logo, a comprovação da omissão sempre implicaria discussão da prova da culpa. Enquanto que, para os defensores da teoria objetiva, a omissão é identificada como o *eventus damni*, sendo a partir dele estabelecido o nexo de causalidade com o dano.

A responsabilidade do Estado, nesses casos, continuará sendo de natureza objetiva, por força de disposição constitucional expressa, cabendo ao lesionado demonstrar a

existência de norma jurídica que impunha o dever legal de agir, a concreta não evitação do resultado, o dano ocorrido, e o nexo de causalidade entre ambos.

Ao Estado, por sua vez, caberá demonstrar que não tinha o dever legal de agir, ou que, o tendo, não deixou de agir ou ainda, que está presente qualquer das causas excludentes da responsabilidade, o que afastaria a obrigação de indenizar.

Divergentes se mostram as decisões judiciais no tocante à natureza da responsabilidade civil do Estado em se tratando de condutas omissivas.

Encontram-se, atualmente decisões judiciais nos dois sentidos, ora determinando-se a aplicação da teoria objetivista, ora exigindo a comprovação do elemento subjetivo na conduta, seja ele a culpa ou o dolo.

Ocorre que, analisando a tese predominante da Suprema Corte quanto às omissões, perfaz uma preferência a adoção da teoria subjetiva, na modalidade culpa administrativa. Com efeito, conforme prelecionou, no julgamento do RE 237.561/RS, em seu voto condutor, o Ministro Sepúlveda Pertence: “Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria **subjetiva**, derivada da **culpa**, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão” (destaques no original).

Em outro julgado, a segunda turma do STF firmou distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva) e aquela verificada no caso de danos possibilitados pela alegada omissão da Administração. Reproduz-se parte da ementa do citado acórdão, de notável clareza:

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imprudência e imperícia, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997)

Em sentido diverso, há julgados no qual a responsabilidade do Estado por omissão se dá de forma objetiva. Isso porque, segundo entendimento jurisprudencial pacificado, quando pessoas ou coisas estão sob a guarda, proteção direta ou a custódia do Estado, ou seja, quando o Poder Público está na condição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a

integridade de pessoas ou coisas que estejam a ele vinculadas por alguma condição específica, a responsabilidade civil por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas é do tipo objetiva, na modalidade risco administrativo.

Deveras, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466. 322 AgR/MT que trata a respeito dos presos que são mortos nos presídios, o ex-ministro Eros Grau assim se posicionou:

O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de evitar o homicídio. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença.

De igual, foi o fato ocorrido em São Paulo que ensejou o recurso extraordinário (RE n. 136. 861). Trata-se da ausência de fiscalização por parte da prefeitura daquela municipalidade quanto à venda de fogos de artifício e sua utilização caseira, na qual gerou incêndio de proporções catastrófica. Consoante pronunciamento do ministro Celso de Mello:

(...) a responsabilidade civil objetiva, mesmo da hipótese de omissão do Poder Público, configurar-se-ia, inclusive, para efeito de incidência do art. 37, §6º da CF/88. Corroborou que a responsabilidade civil do Poder Público mostrar-se-ia compatível com hipótese de comportamento negativo deste, especialmente em situação como a presente, em que os pressupostos fáticos se achariam soberanamente reconhecidos pelo acórdão e pela sentença proferidos nos autos. Reafirmou o comportamento falho da Administração municipal no controle de fiscalização de uma atividade claramente de risco, que gerara de maneira trágica os eventos mencionados. Esclareceu haver um indissociável liame, um claro vínculo de causalidade material com o próprio comportamento da Administração pública (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006).

Assim, no direito brasileiro, em que pese, nossa jurisprudência com respaldo nas teses doutrinárias acima mencionadas, divergindo quanto à aplicação ou não da responsabilidade objetiva - isso porque encontram-se decisões judiciais nos dois sentidos, ora determinando a aplicação da teoria objetivista, ora exigindo a comprovação do elemento subjetivo na conduta, seja ele a culpa ou o dolo - deve-se concluir pela aplicação da teoria objetiva da responsabilidade do Estado, cabível nas hipóteses de danos causados por condutas comissivas como também aos danos decorrentes de condutas omissivas, com fundamento na teoria do risco administrativo, consubstanciada no art. 37, §6º da CF/88, vez que o Estado, detentor da supremacia e da indisponibilidade do interesse público possui prerrogativas na sua atuação e, portanto, detém poderes mais amplos que os dos próprios administrados na busca por seus direitos.

2.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Consequência natural do mais relevante dos direitos humanos, que é o direito à vida, situa-se em plano de igual importância o direito à saúde, nos seus aspectos individual e social.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de peculiar notoriedade. A forma como foi tratada, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Com efeito, o direito à saúde, por está intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, o art. 196 reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas, e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Contudo, tal direito, no Brasil, possui severas deficiências em todos os níveis, sem exceções, o que acarreta transtornos e danos, muitas vezes irreparáveis para a população que busca a efetiva prestação do referido serviço público.

É nesse contexto que será estudado nos seguintes tópicos a base de proteção normativa constitucional e infraconstitucional, bem como a situação da ineficiência de prestação do serviço público de saúde na sociedade brasileira.

2.2.1 Direito à saúde e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro

O direito à saúde é tratado como direito social, vez que tais direitos foram introduzidos na Constituição Federal pela emenda Constitucional n. 26/2000, tratando-se de um desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito, que tem como documentos marcantes e históricos a Constituição Mexicana de 1917, de Weimar, de 1919 e a do Brasil de 1934, entre tais direitos encontra-se o direito à saúde, abordado no presente trabalho como direito fundamental.

Segundo Canotilho (1974, p. 97), os direitos sociais, “na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.

Com base em tais argumentos, a Constituição de 1988 revolucionou ao introduzir um capítulo próprio dentro do Título II, distribuído entre os artigos 6 a 11, os direitos sociais. Com relação a esse aspecto tão importante, Afonso (2007, p. 69) afirma que:

O título II da Constituição da República Federativa do Brasil é uma das principais partes da Constituição, pois consagra a tábua de direitos e deveres fundamentais que a comunidade política brasileira reconhece, dentre outros direitos humanos, e assume o compromisso de, conjuntamente com cada um de seus integrantes, possibilitar ao máximo a vivência efetiva e equitativa, bem como a garantia do exercício harmônico de cada um desses direitos e deveres.

O art. 6 da CF/88 contempla uma gama de direitos predominantemente prestacionais, a contemplação com o direito à saúde encontra-se esculpido no art. 196, o qual determina que a saúde é dever do Estado e direito de todos. Os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais” (SILVA, 2007, p. 286).

A proteção constitucional a tal direito seguiu o novo prisma de definição de saúde elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como sendo, não mais, apenas a ausência de doença, mas sim abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa, circunstância que impõe ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos uma melhor qualidade de vida.

Essa mudança de paradigma foi construída através da realização da 8 Conferência Nacional de Saúde (1986) e pelo 1 Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva (1986) que elaboraram diretrizes a respeito do direito à saúde, as quais possam ser incluídas no texto constitucional.

Oportuno, ressaltar que a CF/88 não só agasalhou a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, “consagrando expressamente a saúde como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito jurídico-constitucional” (SARLET, 2014, p. 32).

Como direito fundamental, o direito à saúde pode ser caracterizado como típico direito-dever fundamental, pois institui a Constituição que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado assegurado acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

Neste contexto, cabível transcrever os ensinamentos feitos por Weichert (2004, p. 122):

Os ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade, ao consagrarem a existência de um direito social à saúde, essa dupla perspectiva. Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, que podem ser observados sob várias dimensões complementares, também o direito à saúde compreende a perspectiva individual de busca de ausência de moléstia e a coletiva de promoção da saúde em comunidade.

O direito à saúde é custeado por toda a sociedade, através da arrecadação de impostos. Atualmente, observa-se que, no plano infraconstitucional, a Lei Complementar n. 221 dispõe sobre valores mínimos do custeio que deve ser realizado pela União, Estados e Município, bem como estabeleceu critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização regulamentando a Emenda Constitucional n. 29 que assegura os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Uma breve leitura do artigo 196 da CF/88 vislumbra que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, delimitando de maneira explícita que cabe ao Estado a responsabilidade em garantir o direito à saúde a todos. Ao analisar o referido artigo, Alexandrino e Paulo (2015, p. 634), afirmam que:

[...] No referido artigo, encontramos também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui estamos diante de um Estado Interventor, e também, diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde e jamais da inercia – conectando-se, essencialmente, à ideia de um direito social da saúde [...]

Outro dispositivo constitucional que merece ser analisado é o artigo 198, que institui as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. Observa-se neste artigo constante no texto constitucional preconiza um sistema de saúde de forma única, que devem integrar uma rede regionalizada, hierarquizada, organizada de acordo com diretrizes de descentralização, da integralidade e da participação popular. Pode-se afirmar que este dispositivo constitucional é a matriz da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que foi posteriormente instituído pela Lei Federal n. 8.080/90 (AITH, 2007).

Referida lei dispõe acerca da necessária implementação de um sistema de proteção a saúde. Tanto é assim, que no seu art. 2 reafirma o preceito constitucional de que a “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis a seu pleno exercício”.

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

Estão aí presentes, portanto, os objetivos de um sistema protetivo integrado, que se aparelhe com medidas protetivas e recuperatórias, visando a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Dessa forma, com todo o aparato constitucional e infraconstitucional, a saúde passou a ser considerada um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Ao poder público, em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal igualitário à assistência médico-hospitalar. A regra inscrita no art. 196 tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa no Estado brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional.

2.2.2 A ineficiência do serviço de Saúde pública no Brasil

Conforme dito anteriormente, a saúde integra o rol dos bens intangíveis consubstanciada em característica indissociável do direito à vida, razão pela qual recebe tutela protetiva estatal. Tão grande é a proteção que o direito à saúde consta no rol dos princípios sensíveis da Constituição Federal, no qual se desrespeitado poderá levar a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal e a intervenção dos Estados nos seus municípios, como se depreende dos seguintes dispositivos:

Art. 34. A União não intervirá nos Estado nem no Distrito Federal, exceto para:
[...]

VII – Assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
[...]

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
[...]

III – Não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
[...]

A ênfase na garantia do direito à saúde pública por meio da implementação de políticas públicas capazes de cumprir as normas constitucionais e as leis, é notória adotando-se até mesmo uma medida excepcional de supressão temporária de autonomia de determinado ente federativo quando não cumpridas.

Nessa outra, a promoção e a preservação da saúde cabem à União, aos Estado, ao Distrito Federal e ao Município conforme preceitua o art. 23 da CF/88, *in litteris*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
II – Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
[...]

Contudo, em que pese os louváveis diplomas legais criados para garantir e viabilizar a efetivação do direito à saúde no Brasil, enquanto direito fundamental de todos e dever do Estado, é observada, atualmente, pela sociedade a decadência da saúde pública em todos os estados brasileiros e o conseqüente sucateamento do SUS, assistido na mais completa inércia ao longo dos anos pelos sucessivos governos brasileiros.

A crise na saúde pública deve ser considerada sob três aspectos básicos, quais sejam, a deficiência na estrutura física, a falta de material, equipamentos e medicamentos, e a carência de recursos humanos.

As condições das estruturas físicas das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e dos hospitais são lastimáveis, pois as mesmas se encontram sem manutenção preventiva e/ou corretiva, funcionando muitas vezes em prédios improvisados e inadequados, com instalações elétricas, sanitárias e hidráulicas precárias, pondo, inclusive, em risco de morte aqueles que lá frequentam.

As péssimas condições de atendimento à população na Atenção Primária de Saúde, porta de entrada do SUS, também é retratada pela falta de medicamentos médicos, mobília, exames laboratoriais e até mesmo de medicamentos básicos para diabetes, hipertensão, vermífugo ou antibióticos.

A dificuldade no acesso e a ineficácia dos serviços prestados de Atenção Primária tem contribuído cada vez mais para superlotação dos hospitais públicos, onde milhares de brasileiros padecem nas filas, mendigando por uma simples consulta, um exame diagnóstico

ou uma cirurgia eletiva. A deficiência no número de leitos obriga os pacientes, na maioria das vezes, a semanas acomodados no chão, em colchões ou macas, largados nos corredores ou na recepção dos hospitais, à espera de um leito de enfermaria ou de UTI. Tal situação fere não só a dignidade do povo, mas também dos profissionais de saúde que são obrigados a conviverem diariamente com cenas tão fortes. A precariedade dessa situação fática leva ao retardo no diagnóstico de doenças e, conseqüentemente, uma piora em muitos diagnósticos, podendo ocasionar em alguns casos, a própria morte, antes mesmo do atendimento.

É preciso pontuar, também, que tais danos são suportados, na maioria das vezes, pela população de baixa renda que buscam hospitais e postos de saúde públicos com tratamentos e medicamentos fornecidos através das redes municipais de saúde ou do SUS.

O principal ponto de ineficiência do serviço de saúde pública, que são as ensejadoras da maioria das demandas judiciais, é ausência de medicamentos no combate as doenças ou na prevenção das mesmas.

Tal ineficiência é corroborada pela mais recente pesquisa sobre a eficiência dos sistemas de saúde pública dos países no mundo feita pela Agência *Bloomberg*. Segundo apontou a pesquisa, na lista dos 55 (cinquenta e cinco) analisados no ano de 2015, o Brasil ocupa a última posição, considerando além da saúde, os fatores violência urbana, saneamento e estilo de vida da população.

Discute-se se o Estado, em seu dever de prestação dos serviços de saúde, obrigar-se a disponibilizar o atendimento médico-hospitalar e odontológico, o fornecimento de todo o tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de qualquer natureza, o fornecimento de aparelhos dentários, próteses, óculos, dentre outras possibilidades

2.3 A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

A partir da noção de responsabilidade civil extracontratual do Estado, assim como do que é previsto no texto constitucional em relação a obrigação estatal em garantir o direito fundamental à saúde, esposadas nos capítulos anteriores, é possível uma averiguação mais específica no que tange à responsabilidade do Poder Público pela ausência ou por falhas na prestação de serviços públicos de saúde. Cumpre analisar, se quanto à omissão estatal na saúde pública, a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva.

O direito à saúde, resguardado pela Constituição Federal, é garantia fundamental irretirável. Daí que o fundamento jurídico de tal responsabilidade está estampado no art. 37, §6 do texto constitucional, segundo o qual:

Art. 37.

[...]

§6. 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.

Não há dúvida de que se adotou o princípio da responsabilidade objetiva, cabendo ao Estado o dever de indenizar sempre que demonstrada a existência do fato, praticado por agente do serviço público que, nessa qualidade, causar o dano.

Esta é a responsabilidade pelo fato do serviço, de que a Administração somente se eximiria, total ou parcialmente, mediante prova da força maior, do fato necessário ou inevitável da natureza, ou da culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Se o dano é resultante de omissão do Estado, como visto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência divergem, entendendo alguns pela responsabilidade objetiva e outros somente pela responsabilização somente se demonstrada a culpa do serviço.

Para aqueles que adotam a teoria subjetiva, enquanto a inação estatal implicar no descumprimento do dever de agir, imposto pela legislação, os atos omissivos necessitam da verificação de culpa. Do outro, o dever de indenizar do Poder Público pela inoperância no fornecimento de saúde prescinde de averiguação do dolo ou da culpa, necessitando, somente, da demonstração do nexo de causalidade entre o ato e o dano causado.

Em tese, o Estado responde pelos danos sofridos em consequência do funcionamento anormal de seus serviços de saúde pública, exonerando-se dessa responsabilidade mediante a prova da regularidade do atendimento médico-hospitalar prestado, decorrendo o resultado de fato inevitável da natureza.

Tal responsabilidade também encontra guarida no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, que versa:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A análise do ato ilícito, que está positivada nos artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro é o primeiro ponto a ser abordado, podendo ser definido como aquele que se caracteriza pela infração ao dever legal de não violar direito e não lesar outrem.

Ato ilícito é uma fonte de obrigação e tal, como o ato lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, contrária à ordem jurídica.

Em vista disso, fica demonstrado o dano decorrente de ineficiência do serviço de saúde pública, seja por ausência ou por falha, caracterizada a responsabilidade do Estado e, conseqüentemente o dever de indenizar.

A indenização deve compor, tanto os danos materiais, isto é, as perdas patrimoniais causadas ao cidadão, como por exemplo, as despesas com tratamentos ou medicamentos particulares, quanto aos danos morais, caracterizados pelo desconforto pessoal. A doutrina ainda menciona o dano estético, como uma das variantes dos danos indenizáveis.

Pela análise de precedentes dos tribunais superiores, percebe-se que há entendimentos diversos, ora aplicando-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, ora utilizando-se da responsabilidade subjetiva em casos semelhantes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. INOCORRÊNCIA DO DANO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA.

[...]. No caso de ato omissivo praticado pelo Estado por serviço que não funcionou ou funcionou de forma tardia ou ineficaz, deve-se enquadrar a responsabilidade estatal como subjetiva, mormente não ter sido o autor do dano, sendo necessário, para tanto, a comprovação do comportamento ilícito praticado pela Administração Pública. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006)

No julgamento do Recurso Especial n. 684. 906-SC, o Ministro Francisco Falcão, ao analisar o caso concreto, alegou que em se tratando de omissão do Estado ou má funcionamento da prestação do serviço público, deve-se aplicar a responsabilidade civil subjetiva do Estado, a qual deve-se demonstrar a culpa ou dolo do Estado para sua responsabilização.

Em outro caso semelhante, no qual o Superior Tribunal de Justiça se posicionou com o mesmo entendimento na aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva, impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto.
2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a ser possível indenização quando houver culpa do preposto. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

A ministra Eliana Calmon, no julgamento do Recurso Especial n. 602.102/RS, quando proferiu o seu voto trouxe à baila a divergência jurisprudencial sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Alegou que tal entendimento diverge tanto na doutrina quanto no julgamento dos tribunais, ainda mais em se tratando em omissão do Estado quanto à prestação do serviço público de saúde.

Apesar da ministra ter tratado de ambas as responsabilidades, se posicionou no recurso especial supracitado com aplicação da corrente da responsabilidade civil subjetiva do Estado, a qual deveria se demonstrar o dolo ou a culpa do Estado para indenizar o particular.

Todavia, as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal têm firmado entendimento no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado em decorrência de atos omissivos. Ressalte-se o precedente no Agravo Interno 734.689/DF-ED de relatoria do Ministro Celso de Mello. No caso estabeleceu-se a responsabilização objetiva do Distrito Federal pela prestação deficiente do serviço de saúde, fato que acarretou a morte de criança em hospital público. O acórdão restou assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. – [...]. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. **A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causados a terceiros.** Doutrina. Precedentes. – **A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade**

civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. – Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003). (Grifo nosso)

No julgado acima referido, o Ministro Celso de Mello aplicou diretamente a teoria do risco administrativo para definir a reponsabilidade objetiva do Distrito Federal em face de sua omissão em atendimento médico. Invocando a doutrina de Carvalho Neto (2014), sustentou, em síntese, que essa concepção teórica – que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público – faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente da caracterização de culpa dos agente estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado.

Desta feita, notório se faz a predominância da responsabilização objetiva estatal nos casos de omissão no serviço de saúde pública.

Destarte, as decisões dos tribunais que reconhecem a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, tem como base o art. 196 da CF/88 que disciplina o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado.

Por isso, conforme visto, para cumprir esse dever constitucional, criou-se o SUS – Sistema Único de Saúde, previsto no art. 200 da CF/88, que funciona através de ações e serviços em todo as esferas de atuação do Poder Público, quais sejam, federal, estadual, distrital e municipal.

Essa norma constitucional, regulamentada pela Lei n. 8.080/90, cujo art. 6 prevê a atuação de órgãos vinculados ao SUS na assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Inegável a legitimidade do Estado para responder pelas consequências suportadas pelo cidadão, que por ser portador de insuficiência renal crônica, tendo sido submetido a transplante renal, necessitava de determinada medicação para evitar a rejeição do órgão transplantado, o Estado não cumpriu o seu dever legal levando à perda do enxerto transplantado, causando severo dano à saúde do cidadão, como adiante se vê:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REJEIÇÃO DE RIM TRANSPLANTADO. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.

1. Consignado pelo acórdão recorrido que o Estado do Rio de Janeiro fora compelido, por decisão judicial, a fornecer ao recorrido a medicação necessária para evitar a rejeição do rim transplantado, restou a sua legitimidade *ad causam* passiva para a ação indenizatória, porquanto, sponte sua estagnou o fornecimento a que restara obrigado judicialmente, ocasionando o ilícito in foco.
2. Destarte, instado a cumprir a decisão judicial, a sua omissão configurou inequívoca responsabilidade em face da rejeição do órgão transplantado, ante a ausência de medicamento.
3. Deveras, restou assente na instância local que: “A saúde pública é um serviço de competência comum a todas as esferas da Federação e para sua melhor execução foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual o Hospital Universitário Pedro Ernesto é participante. A alegação de que o referido hospital possui personalidade jurídica distinta da do Estado não afasta legitimidade do Embargante, uma vez que aquele atua como *longa manus* deste na distribuição da saúde. [...]”
4. Outrossim, o laudo pericial de fls. 541/544 é conclusivo quanto ao nexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado.
5. Desta sorte, “não há como se amparar na tese de que o dano ocorreu exclusivamente dos riscos da complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação *sandimum* e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão.
6. Assentando o aresto recorrido o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula n. 07 desta Corte.
7. Recurso Especial desprovido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007)

Em uma segunda situação, em caso de falha no serviço público de saúde que acarreta acidente causador de danos pessoais, o cidadão também deve ser indenizado. É responsabilidade do Estado o dever de zelar por aqueles que se encontram, por qualquer motivo, em estabelecimento público.

Dessa forma, a omissão que causa danos gera a responsabilidade e a obrigação de indenizar. A discussão a respeito de ser responsabilidade objetiva ou subjetiva no caso de omissão, será analisada nos comentários desse próximo julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. FILHO MENOR INTERNADO EM ESTABELECIMENTO MANTIDO PELO ESTADO. LESÕES GRAVES. CULPA CARACTERIZADA. NECESSIDADE DA COMPLEMENTAÇÃO DO TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 07 DO STJ., AFASTADA. CONHECIMENTO DO RECURSO. – O acidente sofrido por menor impúbere quando brincava no estabelecimento mantido pelo Estado, que frequentava, gera a obrigação de reparar o dano. Age culposamente quem, pela negligência, no seu dever de vigilância, causou prejuízo a saúde da vítima, que, embora atendida de imediato, necessita de tratamento complementar. Como forma de indenização, a pensão mensal requerida, satisfaz a pretensão manifestada. Afastase, no caso concreto, o reexame de provas, vedado pela Súmula n. 07 do STJ, que

não deve ser aplicada com extremo rigor, nas circunstâncias do processo, examinando-se os elementos existentes, para se conhecer do recurso nobre (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006).

Nessa última situação, a cidadã reivindica indenização pela morte do seu filho que, portador de doença mental, foi internado num hospital psiquiátrico do Estado. Faltando a vigilância mais ostensiva, o paciente fugiu do hospital, cometendo suicídio logo depois. É obviamente, caso de má prestação no serviço público de saúde.

A julgadora salientou que a teoria predominante na doutrina moderna é a objetiva, tendo sido acolhida no art. 37, §6º CF/88. Na responsabilidade objetiva, há sempre o dever de indenizar pela só verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, não dependendo do exame do elemento subjetivo por parte dos prepostos estatais.

Acrescentou que a única hipótese de afastar-se da responsabilidade do Estado por omissão, a própria doutrina diverge em relação a qual das teorias deve ser observadas, se a objetiva ou subjetiva, aparentemente relativizando e temperando a rigor da primeira.

Segundo a excelentíssima ministra, “se há ação causadora de dano, não há dúvida de que temos a responsabilidade objetiva, ou seja, a vítima de uma ação estatal deve ser objetivamente ressarcida, muito embora no nexo de causalidade, seja necessária, muitas vezes, incursão no aspecto subjetivo do preposto estatal”.

A questão muda de ângulo, quando se está diante de danos causados por omissão, isto é, quando houve falta do agir por parte de quem tinha o dever legal de agir e não agiu, ou agiu tardia ou ineficientemente.

A única ressalva é relativa ao fato de que se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade.

Todavia, no caso em tela, a ineficiência da prestação do serviço estatal é evidente, permitindo que o paciente cometesse suicídio, tendo como consequência a configuração da responsabilidade civil e o dever de indenizar, consoante se infere do julgado:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.

A responsabilidade que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva, impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior e decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a

responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009)

Portanto, bem exemplificadas as situações pertinentes à responsabilização estatal em virtude da ineficiência dos serviços de saúde pública e, conseqüentemente do dever constitucional de prestação de um serviço de saúde condigno e eficaz.

3 ATRIBUIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Analisando o crescimento do número de demandas judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde pública para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, em razão da ineficiência ou não prestação adequada de tal serviço, é necessário o estudo do papel do Judiciário e suas implicações para garantir o direito à saúde.

Nessa seara do direito à saúde, mostra-se evidente que os recursos para que esse direito fundamental seja assegurado são escassos. Além disso, há a dificuldade de operacionalizar princípios de justiça distributiva que não violem parâmetros elementares da isonomia e, ao mesmo tempo, preservem o núcleo do direito à saúde, isto é, um mínimo existencial que garanta em vida digna.

As inúmeras novas tecnologias e tratamentos oneram demasiadamente o Estado para que se concretize efetivamente o direito à saúde. Considerando que os recursos financeiros são limitados, muitas vezes outros direitos sociais tão importantes quanto o direito à saúde, tais como moradia, educação e segurança pública, podem ter sua efetivação prejudicada, em detrimento deste último. Por isso que, muitas vezes, o Poder Judiciário concede determinado tratamento ou medicamento, comprometendo as verbas públicas que seriam destinadas a outros fins, o que leva os doutrinadores e membros de outros poderes questionarem a legitimidade do Judiciário no que diz com o reconhecimento judicial de demandas coletivas e individuais a prestações sociais.

Por outro lado, consoante explanados nos capítulos anteriores, o Estado tem que responder por sua omissão na prestação do serviço de saúde pública, seja pela ineficiência ou pela não prestação, haja vista o caráter essencial do direito à saúde, direito fundamental ligado à noção de dignidade da pessoa humana que requer dos operadores do direito a procura pela mais alta expressão do justo. Nesse aspecto, é imprescindível a definição material de mínimo existencial, a fim de se determinar o que é nuclear na garantia do direito à saúde que preserve uma existência digna.

3.1 LIMITES A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: MÍNIMO EXISTENCIAL OU CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL?

Quando se está diante de uma prestação do ente estatal, ou seja, de um direito prestacional, dentre os principais fatores a serem observados, um deles é a reserva do possível, pois embora o ente estatal esteja disposto a cumprir os preceitos estabelecidos pela lei e pela Constituição, encontra-se limitado pelas suas possibilidades recursais, ou seja, para que haja uma saúde de qualidade são necessários bons hospitais, profissionais qualificados, disponibilização de medicamentos etc. Muitas vezes não basta vontade política em executar de forma satisfatória as políticas públicas, é necessário muito mais do que isso, com tal preceito se busca evitar confrontos de competência, no qual o Judiciário possa obrigar o Estado a prestar assistência, mesmo sem ter recursos para tal, é certo que a saúde, assim como outros tantos direitos possuem cunho de direitos fundamentais, entretanto a reserva do possível precisa ser observada, pois as prestações positivas fornecidas pelo Estado devem encontrar limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não há inesgotabilidade dos recursos públicos e, por conseguinte, na viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e na possibilidade de garantir a total felicidade do povo (CIARLINI; DELDUQUE; MARQUES, 2013).

Essa limitação trazida pela reserva do possível é óbvia e funciona como uma espécie de causa de exclusão da ilicitude para a não efetivação de um direito social, “podendo ser legitimamente oposto pela Administração Pública quando demandada com base em direito previsto em norma programática (BRAGA NETTO, 2014, p. 130).

De pensamento igual coloca-se Lenir Santos (2010, p. 1), o qual diz que a “obrigação do Poder Público de garantir prestações universais a saúde suscita importante análise sobre sua capacidade econômica e financeira de suportar o respectivo ônus derivado da responsabilidade extracontratual”. Para ele a cláusula de reserva do possível desobriga o Estado de atender pretensões que superem suas possibilidades, eximindo-o de prestar serviços básicos, por impossibilidade de recursos.

Data máxima vênua, a reserva do possível não pode servir como linha de defesa do Estado nas causas que envolvam a sua responsabilidade para a falta de efetivação de direitos, trata-se de importante objeção à eficácia jurídica e à efetividade social dos direitos sociais a prestações materiais, mas cuja interpretação e vigência devem conformar-se, entre outros ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, unidade e supremacia da Constituição.

O Estado, o qual detém a parcela maior de poder, deve promover sempre o bem-estar de todos e assegurar a dignidade da pessoa humana, o que está diretamente ligado ao mínimo existencial, para que se possa garantir possibilidade de subsistência dos seres humanos. O Poder Público deve dar prioridade e garantir primeiramente o acesso às

condições materiais mínimas de existência no tocante as áreas de saúde, educação etc. Assim, após se envolver com as prioridades orçamentárias, poderá utilizar o resto dos recursos em outras áreas. Por isso que no tocante à clausula de reserva do possível, o direito à saúde deve ser tratado como prioridade.

Colocar a necessidade de previsão orçamentária como um limite à atuação do Estado para a efetivação dos direitos sociais é um pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores. A CF/88 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária (art. 167, inciso I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inciso II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inciso VI).

In litteris:

Art. 167. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

[...]

Percebe-se, portanto, que houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo Poder Público. Porém, é lógico que isso não impede o magistrado de ordenar que a Administração Pública realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Medida Cautelar na Petição 1.246/SC:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 3, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde

humana. Portanto, como ficou demonstrado, o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997).

De igual foi o Recurso Especial nº 1.185.474/SC, cujo relator é o Ministro Humberto Martins:

[...] A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação ao apoio médico-hospitalar. A escusa da 'limitação de recursos orçamentários' frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

[...]

6. A realização dos direitos fundamentais não é uma opção do governante, não é resultado de juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto da escolha do administrador [...]. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010)

Não é justificável, então, que se utilize a cláusula de reserva do possível para justificar uma não prestação ou uma prestação de má qualidade do serviço público de saúde, pois é dever e obrigação do Estado prestar serviço público de excelência.

É com base na garantia de um mínimo existencial que Lenir Santos (2010, p. 18-24), aponta que, para uma pessoa possa ter dignidade, deve o Estado garantir-lhe pelo menos o mínimo para sua subsistência. É direito constitucional e obrigação do Estado. Não há como se falar em dignidade sem que o Estado proporcione pelo menos o mínimo para que isso possa acontecer. O Estado deve garantir mínimos existenciais no tocante aos direitos sociais, entre eles, o direito a saúde, com a finalidade de garantir as condições socioeconômicas que influenciam a saúde humana.

Esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a que se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde.

Doutro lado, é evidente que existem limites naturais decorrentes da reserva do possível, como por exemplo, uma ordem judicial que determinasse a Administração Pública

fizesse um paraplégico caminhar ou curar um paciente portador de uma enfermidade incurável. Afora, esses casos, em que é patente a impossibilidade de cumprimento da ordem, por impossibilidade naturais, não é tão simples verificar se a decisão está de acordo ou não com o postulado da reserva do financeiramente possível. Em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém que os recursos são finitos.

De fato, as alegações do Estado em se eximir de sua responsabilidade alegando a ausência de efetivação de um direito social utilizando-se do argumento da reserva do possível devem sempre ser analisadas com ponderação. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidade financeira de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la que a decisão causará mais danos que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais, o que, em última análise, implica uma ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

Outrossim, não se pode destacar as dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais. Até simples obrigações de fornecimentos de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho, etc.). É óbvio que a exigência de licitação não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que desgaste a harmonia entre os poderes.

Dessa forma, é prudente que o juiz atente para a reserva do possível na análise do caso concreto. Essa cautela é necessária, inclusive, para que o Poder Judiciário não interfira/inviabilize a discricionariedade do Poder Executivo na elaboração de suas políticas públicas, afastando, assim, qualquer possibilidade de afronta ao pacto federativo.

3.2 PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

Sendo a saúde um direito fundamental das pessoas e considerando-se a auto-aplicabilidade dos regramentos protetivos ditados pela Constituição Federal, mais o comando advindo de expressas e claras disposições de normas infraconstitucionais, tem-se por necessária conclusão que, falhando o Poder Público na prestação dos serviços assistenciais

que lhe competem, haverá de se garantir a efetivação daquele direito mediante o instrumental jurídico da alçada do Poder Judiciário.

A possibilidade de se recorrer ao Judiciário encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos do art. 5, inciso XXXV, CF/88.

Os meios legais de proteção judicial do direito à saúde compreendem a plenitude dos remédios constitucionais e processuais, sejam individuais ou coletivos, no intuito de obter efetiva assistência.

Cumpra repisar que a saúde é um direito público subjetivo, com característica marcadamente individual. Daí que “todas as garantias individuais concernentes a direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor” (SCHWARTZ, 2001, p. 121).

Na análise do presente tópico, será estudado o ativismo judicial na efetivação do direito à saúde pública de qualidade, tendo em vista o crescente número de mandados judiciais pleiteando tal direito, seja pela busca de garantir acessos das pessoas a medicamentos, procedimentos diagnósticos e terapêuticos, seja para condenar o Estado na ineficiência da prestação de tal direito.

De acordo com Germano Schwartz uma parcela de culpa da inefetividade do art. 196, da Constituição Federal de 1988 encontra-se “na falta de vontade política, na ausência de respeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos e na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos da defesa do interesse público”. (SCHWARTZ, 2001, p. 159)

Nesse contexto, ocorre o fenômeno político-social denominado judicialização do direito à saúde, ou seja, o Poder Judiciário assume o papel de suma importância para a efetivação do direito fundamental à saúde.

Segundo conceituação realizada por Delduque, Marques e Ciarliani (2013, p. 40) sobre o fenômeno político social da judicialização corresponde ao “alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e o aumento exponencial do número de demandas, de caráter individual, interposta junto a esse poder, que versam sobre saúde”. Ressaltam que como consequência a interpretação do direito no campo político e sanitário, os quais intrinsecamente permeiam a garantia do direito social à saúde.

De fato, “os direitos sociais necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas dirigidas a segmentos específicos da sociedade”

(FARIA, 2002, p. 273). Também mostra que a inexistência dessas políticas e programas implica automaticamente a denegação desses direitos.

Para Fleury (2012, p. 159), o fato de o SUS ter sido implantado em “condições financeiras adversas, até hoje não superadas, certamente impede a distribuição igualitária de serviços de qualidade, de forma que a população se sinta segura no usufruto deste direito”. Oportuno ressaltar as palavras utilizadas pela autora ao comentar o fenômeno da judicialização:

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação dos usuários em busca da atenção à saúde (FLEURY, 2012, p. 160).

Há alguns doutrinadores que sustentam que a judicialização fere o princípio da independência e harmonia dos poderes, todavia, o Poder Judiciário está constitucionalmente obrigado a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, dispondo de instrumentos jurídicos específicos para sua função (SCHWARTZ, 2001).

Com efeito, a ênfase na garantia aos direitos de segunda geração pelo Poder Judiciário tem provocado certa controvérsia que decorre da falta de critérios e carência de fundamentação das decisões judiciais que concedem benefícios, em geral na área da saúde, sem maiores considerações acerca de suas consequências na esfera das políticas públicas e na realização de outros direitos sociais de outros indivíduos, muitas vezes, em ou com necessidades que a do autor da ação judicial (LEIVAS, 2006).

Por sua vez, a concretização dos direitos sociais exige a alteração das funções clássicas dos juízes que se tornam corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social. A orientação de sentenças nesse sentido levaria à politização do exercício das suas funções, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, na base do qual estava a separação do Direito da Política. Para reforçar essa colocação recorreremos ao pensamento de Faria (1994) para quem a aplicação desse novo tipo de legalidade acarreta na realização política de determinados valores, afetando em consequência a realidade socioeconômica a partir de um projeto relacionado com a implementação do direito social. É importante destacar o que diz o jurista Faria (1994, p. 95):

Os poderes Executivo e Legislativo exercem relevante papel na previsão e implementação de tais direitos, ao traçar as intituladas políticas públicas, essenciais à operacionalização dos direitos de segunda geração, haja vista que tais direitos não se assemelham aos tradicionais direitos de liberdade, os quais exigem apenas que o Estado jamais permita a sua violação. Ao revés, os direitos sociais requerem do estado um amplo rol de políticas públicas que visem a atender as expectativas geradas pela positivação de tais direitos na Constituição. O Judiciário por sua vez, ao interpretar os direitos sociais deve despir-se da cultura normativista, positivista, dogmática, observando seus atributos, vez que exigem uma interpretação *praeter legem*, isto é, que faça valer os direitos mais elementares dos cidadãos brasileiros.

Percebe-se assim que o Poder Judiciário vem sendo chamado a concretizar a Constituição e sua principiologia por via de sua interpretação. Não se cuida de desafio fácil de ser vencido, muito em função das raízes históricas e políticas, em razão das quais o Brasil sempre teve uma postura hesitante no controle dos atos da administração pública e, notadamente, quando se tratava de conter o arbítrio e tornar efetivos direitos individuais e sociais.

Nessa tarefa de controle os juízes devem agir não como meros reprodutores de um saber técnico-dogmático, mas com a pergunta fundamental de como se concretizar o Estado Social de Direito e toda a principiologia constitucional. É necessário, portanto, abandonar a postura dogmática-formalista, para que o Direito possa ser instrumento de concretização da dignidade humana.

De tal, a intervenção jurisdicional não está invadindo a esfera de outro poder, mas efetivando o que os outros poderes não estão tutelando de maneira eficiente. Conseqüentemente, o Poder Judiciário é visto como uma via para se ter protegido o direito à saúde, à vida e à dignidade.

3.2.1 Posição dos tribunais superiores em relação ao direito à saúde pública

Levando-se em consideração as críticas até agora já apontada no qual o Poder Judiciário interfere indevidamente na capacidade de planejamento e ação do Executivo e também como ameaça aos gestores locais, a jurisprudência mostra-se como a maior aliada no sistema de saúde pública.

Nesse contexto, o posicionamento jurisprudencial consolida à efetivação do direito à saúde, mostrando-se fundamental a compreensão das decisões que são proferidas pelos tribunais superiores.

Para isso é necessário ressaltar a controvérsia com relação à eficácia da norma constitucional consagrada no artigo 196, da Constituição Federal. No acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio, Recurso Extraordinário n. 297.900/RS foi proferida decisão que responsabilizou o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre a fornecerem medicamentos emergenciais a portadores de HIV. Veja-se a ementa do acórdão:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EMERGENCIAIS. LEI ESTADUAL (LEI N. 9.908/93) INSTITUIDORA DO DEVER DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E MUNICÍPIO. A LEI FEDERAL N. 9.313/96 NÃO EXCLUIU A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DE AMBOS. DESCABIMENTO DA LIMITAÇÃO DO ALCANCE DA LEI ESTADUAL, VIA DECRETO. ALTERAÇÃO DO DESTINO DE VERBAS DE FUNDO, DE ONDE SERIAM SACADOS RECURSOS PARA ATENDIMENTO DAS DESPESAS COM AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS, EM NADA IMPLICANDO NA REVOGAÇÃO DA LEI N. 9.908/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO, ANTE O INC. IV, ART. 24, LEI N. 8.666/93. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000)

No presente caso, houve a manifestação de que a eficácia do dispositivo 196, da CF/88, é imediata, bem como que a expressão “Estado” contida no artigo abrange os três entes federados de forma solidária.

Diferentemente, o Ministro Celso de Mello adota posição diversa, uma vez que no Recurso Extraordinário n. 273.834/RS, em que o Estado do Rio Grande do Sul e Município de Porto Alegre buscam reformar em sede de Recurso Extraordinário decisão que determina a obrigação de fornecerem, gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento de pacientes com câncer sem recursos financeiros, no qual firmou o entendimento que o disposto no art. 196 da CF/88 apresenta caráter programático.

Assevera Carvalho Neto (2014, p. 90) ao admitir que o artigo 196, da Constituição Federal é uma norma programática, “sua eficácia seria limitada, uma vez que não teria força suficiente para se desenvolver integralmente, fato que somente aconteceria mediante edição de lei complementar”. Menciona ainda o autor que “não se poderia falar em direito público subjetivo oponível contra o Estado, já que não haveria um vínculo jurídico gerador de obrigações entre o cidadão e o Estado.

É preciso ressaltar, o Recurso Extraordinário n. 271.286 AgR/MG proposto Município de Uberlândia no Estado de Minas Gerais. O Supremo Tribunal Federal manteve a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reconheceu a obrigação do fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de HIV/AIDS aos usuários destituídos de recursos financeiros:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – [...] O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política **não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental** ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000). (Grifo nosso)

Nessa decisão foi consagrado o direito à saúde como direito público subjetivo, isto é, prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade dos cidadãos. A decisão registra também que a mera alegação de insuficiência orçamentária por parte dos entes públicos, não os eximem de limitar o acesso à saúde, mesmo que relevante para o deslinde da questão.

Contudo, se por um lado o Estado encontra-se vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual impõe a ele que satisfaça as condições mínimas para que o cidadão possa gozar de uma vida digna, de outro encontra-se limitado pela reserva do possível.

Nota-se que em posição oposta à orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal, foi proferida na Suspensão de Tutela Antecipada n. 91. No caso em tela, a Procuradoria Geral do Estado de Alagoas sustentou a ocorrência de grave lesão à economia pública, pois a liminar concedida em sede de Ação Civil Pública generalizou a obrigação do referido Estado em fornecer todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos. A decisão da Ministra Ellen Gracie foi a seguinte:

[...]. Com efeito a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. **A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados dos associados, está-se diminuindo a**

possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010). (Grifo nosso)

Com fundamento na Lei que rege o Sistema Único de Saúde (SUS), Lei n. 8080/90, afirmou o Estado de Alagoas a existência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o fornecimento de medicamentos inviabiliza a programação orçamentária do Estado e o cumprimento do programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.

Em sua decisão, a relatora Ministra Ellen Gracie afirma que o art. 196 da CF/88 ao assegurar o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas com alcance à população como um todo, e não a uma pretensão individual.

Logo, a atuação jurisdicional é um mecanismo essencial através do qual se exerce a pressão social sobre a Administração Pública, uma vez que há ineficiência do acesso às ações de saúde. Com a efetivação do direito à saúde realizada pelo Poder Judiciário por meio de demandas individuais relacionadas ao fornecimento de medicamentos, observou-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, constatou-se que os Ministros divergem sobre a eficácia do art. 196 da CF/88, entendendo-o por ora como de eficácia imediata, ora como norma programática. Em que pese à discussão teórica, ressaltou-se que a saúde tem sido reconhecida como direito público subjetivo, oponível a todos os entes da federação.

3.2.2 Análise de caso concreto: atuação judicial na responsabilização do Estado pelo fornecimento de medicamentos

Considerando que o ditame do supracitado art. 196 da CF/88 é uma norma programática, deverá surtir seus efeitos concretos, devendo o Estado implementar políticas públicas capazes de transformar a realidade dos destinatários da norma, garantindo a todos o direito à saúde digna e eficaz.

É obrigação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS), composto pela União, Estados-membros e Municípios é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no polo passivo da demanda.

Ainda a Lei n. 8.080/90, que discorre sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dispõe em seus artigos 2 e 4 o seguinte:

Art. 2. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

[...]

Art. 4. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Colhe-se dos referidos dispositivos que as ações e serviços de saúde devem ser desenvolvidos pelo Estado, de forma integrada, embora descentralizada, por meio de um sistema único.

Nesses termos, corrobora-se a existência de um regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas para que se garanta aos cidadãos de baixa renda o direito fundamental à saúde.

Cumpre ressaltar que o fundamento de validade da Lei n. 8.080/90 e, conseqüentemente, da responsabilidade solidária da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios pela garantia do direito fundamental à saúde, repousa nos artigos 196 e 198 da Magna Carta.

Nessa medida, infere-se que os entes federados são igualmente legítimos para compor o polo passivo das ações que hospedam o fornecimento de remédios, bem como atendimento médico a pacientes do Sistema Único de Saúde.

Todavia, uma vez comprovada a real necessidade em receber do ente público o tratamento médico, assim como medicamentos de comprovada eficácia, mesmo que de alto custo, que lhe foi prescrito, indispensável à sua saúde e para o qual não possui condições financeiras de arcar pessoalmente, cabe ao Estado, em qualquer de suas esferas, disponibilizar tratamento de saúde ou medicamentos necessários.

Em relação aos argumentos defendidos pelo Poder Público de que à saúde trata-se tão somente de um programa, uma obrigação genérica do Estado, que deve deliberar, discricionariamente, qual a mais adequada política de saúde a ser posta em prática, tal igual em relação à suposta violação aos princípios da legalidade orçamentária e da reserva do possível, não se afiguram cabíveis, frente à obrigatoriedade de que sejam garantidos, na forma prescrita pela Constituição, os direitos à vida e à saúde, valores superiores aos albergados por aqueles princípios.

Nesse contexto, resta indubitável a obrigação do Estado, comprovada a real necessidade, em fornecer medicamentos de comprovada eficácia que foram prescritos, necessários à população que não tem condições financeiras para custeá-los.

Certificando-se de tal argumento, o Supremo Tribunal Federal decidiu na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, no voto de lavra do Ministro Joaquim Barbosa:

[...] que questões processuais não podem comprometer o fornecimento de medicamentos e a proteção da saúde, fixando a responsabilidade solidária dos entes federados. Em suma, os entes federados podem se destruir dentro do processo discutindo sobre a competência de cada um dentro do Sistema Único de Saúde (SUS), mas enquanto isso, devem fornecer o medicamento. Como fundamento, sustentam que a saúde é direito constitucionalmente assegurada às pessoas, devem ser fornecidos dentro dos ditames legais, independentemente de qualquer discussão de cunho processual. [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Quanto ao argumento de ordem material, isto é, o princípio da reserva do possível e o efeito multiplicador que o precedente judicial poderia causar, levando, por exemplo, o ajuizamento de novas ações, este não deve prevalecer. Entende o STF que o dano causado à ordem, à economia e às finanças públicas não se presumem, devendo comprovar efetivamente essa lesão. Ademais, o efeito multiplicador tem um limitador, já que cada requerente deve comprovar sua necessidade de receber o tratamento médico ou o fornecimento de medicamentos.

Depreende-se dessa forma, que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Constituição.

3.3 A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DA SAÚDE PÚBLICA

Promover a saúde pública de qualidade pela via judicial, concerne na judicialização das políticas públicas, circunstância que merece a detida análise e atenção do presente estudo, vez que, o excesso de decisões judiciais pode levar a não realização prática da Constituição Federal na área da saúde pública. Trata-se de mal necessário, inegavelmente

justificado pela ausência de eficiência ou omissão do Estado na prestação do serviço de saúde pública.

Destarte, a intervenção do Poder Judiciário mediante determinações à Administração Pública - ora concedendo previamente ao particular prejudicado concessão de tutela antecipada, ora condenando o Estado a indenizá-lo via ação de responsabilidade civil por omissão - procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde, papel esse de incumbência da Administração Pública.

Diante dessa situação, todas as vezes que o Estado, por meio, por exemplo, de seu Sistema Único de Saúde (SUS), se mostrar indesculpavelmente inerte ou ineficaz, no aumento do número de leitos, na melhoria das condições dos atendimentos médico-hospitalares, no fornecimento de medicamento de comprovada eficácia, na compra de maior número de ambulâncias, dentre tantos outros, ficaria legitimada a judicialização para lograr êxito na obtenção de serviço de saúde pública excelente.

Como visto, trata-se de um dever do Estado e de um direito subjetivo constitucionalmente protegido. Porém, o Poder Judiciário ao tomar determinar a adoção de certas medidas deve sempre está limitado a critérios e parâmetros que justifiquem a sua atuação no campo particular das políticas públicas de saúde (SEVERO; ROSA JÚNIOR, 2007).

Em realidade, ao mesmo tempo em que fixa a essencialidade do direito à saúde, a Constituição Federal imputa ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis a garantia da vida. Institui também o acesso universal e igualitário relativamente às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Para dar cumprimento a essa elevada incumbência, foi previsto, no próprio texto constitucional, o SUS, que é, seguramente, a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro. Ao SUS incumbe a promoção, a integração e a organização das inúmeras entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde.

O sistema tem como normas de procedimento, previstas no art. 198 da CF/88: a) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais; c) a participação da comunidade e, d) o financiamento permanente, com vinculação de recursos orçamentários.

O atendimento integral, previsto no texto constitucional, é uma importante norma de procedimento desse sistema, tendo como lema a adoção de atividades preventivas de

proteção da saúde, sem, contudo, perder de vista a necessidade de intervenção curativa. Dessa forma, buscando a realização dos alvos de redução de risco de doenças e outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços, as normas legais regentes da espécie preveem a promoção e a proteção da saúde, e não só a sua recuperação.

Em paralelo a essas considerações, convém ressaltar o fato de que as demandas envolvendo a saúde são indeclinavelmente formalizadas por meio de ações individuais, as notáveis ações cominatórias, que buscam, principalmente, a obtenção de medicamentos de alto custo e de comprovada eficácia, internações em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), distribuição de próteses.

Em todos os casos supracitados, a previsão de recursos e meios para o atendimento da coletividade está preestabelecido em metas instituídas pela administração pública, restringidas a políticas de Estado já antecipadamente elaboradas e que estão circunscritas em bases objetivas.

Nesse contexto, a atuação judicial, ao tempo que descobre e aplica a norma jurídica para um caso específico (individual) – tanto na ação de indenização com base na responsabilidade civil quanto nas medidas cautelares – não consegue se alinhar às diretrizes da lógica do sistema de saúde previsto no texto constitucional, pois estabelece critérios de diferenciação no atendimento aos usuários do sistema e interfere na gestão dos recursos orçamentários previsto em lei.

Desse modo, mesmo almejando alcançar o objetivo principal, que é o de promover o caráter curativo, a atuação judicial em demandas individuais por saúde interfere nas metas preestabelecidas para o atendimento aos usuários do sistema, não levando em conta ainda sua especificidade de promoção e proteção à saúde. Assim, frustra-se os demais objetivos designados no ordenamento jurídico, que constituem a lógica do atendimento integral e do acesso universal igualitário às ações e aos serviços do SUS.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2008, p. 28):

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos o que se revela é a concessão de privilégios a alguns em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Como sobredito, somente nesse molde de atuação judicial terá a faculdade de orientar a atuação estatal visando o atendimento aos interesses juridicamente proeminentes, segundo um modelo racionalmente referido a critérios isonômicos, pois suas regras terão validade sobre todas as relações e situações jurídicas de uma dada comunidade política.

Esses mesmos discernimentos poderão ser fixados com a reflexão sobre os recursos materiais disponíveis e outras possíveis reservas e situações relevante em curso na sociedade. Assim, é desejável que a formação da sentença, nesse procedimento, seja antecedida de audiências públicas onde possa ser coletado o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, consignando nos autos, além de parecer dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõem nosso sistema único, bem como proceder à oitiva de outros integrantes da sociedade civil.

Contudo, a sentença a ser proferida como resultado de uma ação civil pública sobre a questão em pauta pode, no entanto, levar em consideração a reflexão social plural.

Cumprе ressaltar que o ajuizamento de uma ação civil pública está em correlação com o início de um processo de elaboração de norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes*, inclusive com extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos, ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos.

Vê-se, logo, que o administrador público deverá orientar-se, com base nessa decisão, em relação a todos os casos, presentes e futuros, que tenham correlação com as especificidades da tipologia do fato retratado na petição inicial e que são, com certeza, determinantes para a eficácia preponderante contida no dispositivo da sentença.

Assim sendo, mostra-se irrenunciável ou indispensável que o juiz abasteça-se constantemente das informações colhidas pelos setores técnicos dos órgãos das respectivas secretarias de saúde, por meio de contatos diários, com o objetivo de melhor nortear suas decisões.

As metas de um sistema que defende a participação social e está comprometido com um modelo plural de gestão, compatibiliza-se com a atuação da magistratura, em seu agir decisório. Por isso, mesmo sendo afirmativo na efetivação dos direitos sociais, o juiz atuará sem perder de vista a complexidade das normas constitucionais aplicáveis.

Referido modelo certamente conduzirá à prudência, o fenômeno da judicialização da política, asseverando a viabilidade da elaboração de critérios compartilhados de solução dos problemas sociais, ao considerar, além de fundamentos jurídicos envolvidos na questão,

os entendimentos exprimidos por outras esferas de poder e pelos representantes da sociedade civil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva no seu artigo 37, §6º, preceitua que o Estado não é irresponsável, devendo, obrigatoriamente, arcar com os prejuízos produzidos por sua ação ou omissão.

Ficou demonstrado no primeiro capítulo que em se tratando de danos originados de comportamento comissivo, por ação, abstrai-se a juridicidade ou ilegitimidade da conduta estatal, pois, havendo nexos de causalidade entre esta e dano experimentado pelo administrado, emerge a vinculação do Estado. Cumpre ressaltar que a responsabilidade estatal por conduta positiva subsiste mesmo que o dano não derive imediatamente da ação do Estado, bastando que o ato estatal seja causa mediata do dano ao expor o administrado em situação de risco.

Conclui-se ainda que o ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra a teoria do risco administrativo e como exceção a teoria do risco integral aplicado em relação aos danos ao meio ambiente, ataques terroristas, crimes ocorridos a bordo de aeronaves e acidente de trânsito.

Quando a responsabilidade por comportamento omissivo, o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas, ou seja, a responsabilização, neste contexto, depende da ocorrência de ato omissivo ilícito. Para tanto, basta a comprovação da má prestação de serviço ou da prestação ineficiente do serviço ou, ainda, da prestação atrasada como ensejadora do dano, chamada de culpa anônima.

Em que pese, a doutrina majoritária seja adepta da corrente subjetivista quando à responsabilidade por omissão estatal e as divergências jurisprudenciais não pacificando o tema, defendeu-se no capítulo que nesses casos o Estado deveria responder objetivamente, por força da disposição constitucional expressa nesse sentido, cabendo ao lesionado demonstrar a existência de norma jurídica que impunha o dever legal de agir, a concreta não evitação do resultado, o dano ocorrido e o nexos de causalidade entre ambos. Isso porque o particular, por ser a parte mais fraca na relação, pois em comparação ao Poder Público possui menor poder aquisitivo, deve ser indenizado de maneira mais consolidada, no caso pela responsabilidade civil objetiva do Estado.

Posteriormente foi analisado o histórico do direito à saúde nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive, por óbvio, o brasileiro, no qual restou demonstrado que a saúde é um direito de todos, previsto em vários dispositivos constitucionais, até mesmo

naquele que trata sobre a intervenção federal ou estatal em estados ou municípios, respectivamente.

Foi exposto, que apesar de ser uma norma programática, o direito à saúde é um direito fundamental social intimamente atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Tanto é assim que a saúde pública é de competência comum a todas as esferas da Federação e por meio do artigo 198 do texto constitucional foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) para melhor atender as demandas sociais.

Apesar do ampla cuidado que o constituinte e o legislador infraconstitucional tiveram em promover a saúde pública de qualidade, o que se vê ainda hoje é uma decadência da saúde pública em todas as esferas de governo, principalmente nos aspectos básicos como falta de material médico-hospitalar, equipamentos de qualidade, ausência de medicamentos e, não por menos o desperdício de dinheiro público em obras de hospitais que nunca foram concluídas.

Comprovou-se também a dificuldade no acesso e a ineficácia dos serviços prestados de Atenção Primária que contribui para a superlotação em hospitais públicos, onde milhares de brasileiros padecem nas filas, mendigando por por consultas médicas, exames ou cirurgias.

Ficou exposto o resultado de uma pesquisa da Agência Bloomberg que colocou o Brasil na última posição, dentre 55 (cinquenta e cinco) países, sobre as condições do sistema de saúde pública, evidenciando ainda mais o caos que existe na prestação de tal direito no Brasil.

Outrossim, restou assinalado que nos casos de ineficiência do serviço público de saúde, o Estado deve responder objetivamente, em que pese a maioria doutrinária adotar nos casos omissivos a responsabilidade subjetiva. Isso porque, conforme explicitado nas relações entre o poder estatal e os administrados, há um vínculo de desigualdade natural nesse tipo de relação jurídica. O Estado tem maior poder e recursos do que o particular, sendo mais justo aplicar a responsabilidade civil objetiva quando se tratar de dano sofrido pelo particular, não precisando demonstrar dolo ou culpa para a caracterização do dano.

No terceiro e último capítulo analisou-se as atribuições do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde pública. Primeiramente, o estudo enfraqueceu a tese defendida pelo Estado quando da não efetivação de qualidade da saúde pública, qual seja, a cláusula de reserva do possível. O Poder Público deve sempre promover o bem-estar de todos e assegurar a dignidade da pessoa humana, garantindo, em primeiro, reserva orçamentária

para o acesso às condições materiais mínimas na área da saúde, para só depois utilizar dos recursos orçamentários em outras áreas.

Por sua vez, cabe ao Poder Judiciário dirimir, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia garantir uma saúde pública de qualidade respeitando sempre as possibilidades financeira do tesouro nacional, e sempre dentro dos limites de sua atuação, não podendo ser um legislador criando políticas públicas, nem ao menos adentrar na discricionariedade do Poder Executivo para concretização de tal direito.

A intervenção jurisdicional não invade a esfera de outro poder quando das demandas judiciais, vez que o papel do magistrado consiste em interpretar e aplicar as normas ao caso concreto e efetivando o Estado Social de Direito e toda a principiologia constitucional vigente.

Com a efetivação do direito à saúde realizada pelo Poder Judiciário por meio de demandas individuais relacionadas ao fornecimento de medicamentos, observou-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, constatou-se que os Ministros divergem sobre a eficácia do artigo 196, da Constituição Federal, entendendo-a por ora como de eficácia imediata, ora como norma programática. Em que pese a discussão teórica, ressaltou-se que a saúde tem sido reconhecida como direito público subjetivo, oponível a todos os entes da federação.

Portanto, a atuação jurisdicional é um fundamental mecanismo através do qual se exerce uma pressão social sobre a Administração Pública, uma vez que há ineficiência do acesso às ações de saúde.

Conforme debatido, as medidas judiciais na garantia do direito à saúde não podem ser a regra num sistema jurídico em que políticas públicas tem como órgão executor o Poder executivo por meio da sua discricionariedade.

Assim sendo, pode-se concluir que o direito à saúde é garantia de todo cidadão, sendo dever do Estado garantir e efetivar esse direito fundamental social com aplicabilidade imediata. Sendo possível a qualquer um, detentor de tal direito, buscar sua concretização Pelo Poder Judiciário que responsabiliza a Administração Pública no dever de ressarcir os danos causados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Francisco Caramuru. **Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e prontos-socorros**. São Paulo: Saraiva, 2007.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito constitucional descomplicado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582>. Acesso em: 16 jun 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 221 de 20 de novembro de 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3 do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 507. **Informativos**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0507.rtf>. Acesso em: 30 mai. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum do Judiciário para a saúde**. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em 25 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 109.615. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro e Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 28 mai. 1996. **Lex**: Coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v.3, n.5, jan. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 237.561. Estado do Rio Grande do Sul e associação de moradores. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 5 abr. 2002. **Lex**: Coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 6, n. 2, jan. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 297.900. Estado do Rio Grande do Sul e associação de moradores. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/80498542/djpr-20-11-2014-pg-754>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273.834. Estado do Rio Grande do Sul e Ana Paula Leite Theobald. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818557/recurso-extraordinario-re-198265-rs-stf>>. Acesso em 23 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286. Município de Uberlândia/MG e Otacílio José Vieira. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=335538>. Acesso em: 25 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Estado de Alagoas e Ministério Público do Estado de Alagoas. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Município de Fortaleza/CE e União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 734.689. Distrito Federal e Alberdan Nascimento Araújo. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21505573/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-734689-df-stf/inteiro-teor-110368384>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em petição nº 1246. Estado de Santa Catarina e João batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro: Celso de Mello. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.322. Estado do Mato Grosso e Antônio Carlos Germano e outros. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 27 abr. 2007. **Lex:** Coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 2, n.4, jan. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 684.906. Estado de Santa Catarina e Alverina das Graças Abreu. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJ, 25 set. 2012. **Lex:** Coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 3, n. 4, jan, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 602.102. Estado do Rio Grande do Sul e Carlinda Melo. Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7234405/recurso-especial-resp-602102-rs-2003-0192193-2/relatorio-e-voto-12989465>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185474. Município de Criciúma e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>>. Acesso em 22 mai. 2016.

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Responsabilidade civil doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim. **O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CIARLINI, Álvaro; DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Baldim. Judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, v. 2.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., Brasília. **Anais...**Brasília: Ministério da Saúde, 1987.
- CONGRESSO BRASILEIRO DE SAÚDE COLETIVA, 1., 1986, Rio de Janeiro. **Reforma sanitária e constituinte: garantia do direito universal à saúde**. Rio de Janeiro: Abrasco, 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ESTEVES, Julio Cesar dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FARIA, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. In: **Qual o futuro dos direitos?** Estado, sociedade, mercado e justiça. São Paulo: Max Limonard, 2002.
- _____. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. FARIA, J.E (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FLEURY, Sônia. **Judicialização pode salvar o SUS: saúde em debate**. Rio de Janeiro, v.36. n. 93, abr.-jun., 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaios sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PAILLET, Michel. **La responsabilité administrative**. Paris: Dalloz, 1996.

PEREZ, Marcelo Augusto. **O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais**. São Paulo: Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo, Marques Advocacia. Disponível em:

<<http://www.manesco.com.br/artigos/opapeldopoderjudiciariaefetividadedosdireitosfundamentais.doc>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SANTOS, Lenir. **Saúde: conceitos e atribuições do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: a efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos; ROSA JÚNIOR, Faustino. Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial? In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, Tomo II.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. 12.ed. Paris: PUF, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANEXOS

ANEXO A - JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE

Superior Tribunal de Justiça

REsp 1409527 RJ 2013/0288479-1

Relator: Min. Humberto Martins

Julgamento 08/10/2013

Órgão julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe 18/10/2013

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.
2. O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia.
3. Um vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS. Recurso especial provido.

AgRg REsp 1107511 RS 2008/0265338-9

Relator: Min. Herman Benjamin

Julgamento: 21/11/2013

Órgão julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe 06/12/2013

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOINIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.
2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública

nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.

Supremo Tribunal Federal

RE 855.178/SE

Relator: Min. Luiz Fux

Julgamento: 19/12/2014

RECURSO ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. Não se manifestou a Ministra Carmen Lúcia.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.

Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário interposto pela UNIÃO, com fulcro no art. 102, III, a, da Constituição da República, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que possui a seguinte ementa:

Constitucional e Administrativo. Apelação Cível. Sistema Único de Saúde. Édito judicial que condenou o Estado e a União a fornecer medicamento de nome BOSENTANA (TRACLEER 62.5mg/125mg). Falecimento da autora. Pretensão da União em ver

reconhecida sua ilegitimidade passiva para eximir-se do cofinanciamento do custeio do medicamento. Impossibilidade. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Eventuais questões de repasse de verbas atinentes ao SUS devem ser dirimidas administrativamente, ou em ação judicial própria.

Apelo e remessa oficial improvidas.

Noticiam os autos que a autora ingressou com esta ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg /125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009, que determinou a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento). O Estado de Sergipe, em cumprimento à referida decisão, procedeu à entrega do medicamento em 23/11/2009, através de sua Secretaria da Saúde. O juízo a quo ratificou a tutela antecipatória na sentença, e aproximadamente dois meses após esta sobreveio o falecimento da autora, o que provocou a cessação da obrigação de fazer. Contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os Estados- membros e os Municípios, e que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, nos termos da ementa acima transcrita.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados. Irresignada, a recorrente interpôs o presente recurso extraordinário. Em suas razões recursais, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação aos artigos 2º e 198 da CRFB/88. Argumenta, em suma, a ilegitimidade da UNIÃO para figurar no polo passivo da demanda, alegando que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais. É o relatório.

Destaco, inicialmente, que a discussão posta nos autos não se confunde com aquela travada no RE 566.471-RG, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se debate o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

A discussão jurídica presente no recurso ora apreciado diz respeito, em síntese, à responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e à alegação de ilegitimidade passiva da União.

Observados os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos.

A discussão transborda os interesses jurídicos das partes, uma vez que envolve a temática de repartição constitucional de atribuições institucionais, tendo em conta a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que versa sobre o fornecimento de tratamento e medicamentos por parte do Poder Público.

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o

tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidrogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010).

Extrai-se do voto condutor:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Examinemos cada um desses elementos. [...] (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos

do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde. O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Terói Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol, Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010. Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovimento do recurso.

Ex positis, demonstrado que o tema constitucional versado nestes autos transcende interesse das partes envolvidas, sendo relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência sobre o tema (art. 543- A, § 1º, do CPC c/c art. 322, parágrafo único do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2014.

Ministro Luiz Fux

Relator

ANEXO B - PROJETO DE LEI QUE DISPÕE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, PROPOSTO PELO EX-DEPUTADO FLÁVIO DINO (PC do B/MA), APRESENTADO EM 24/06/2009 E REGISTRADO SOBRE O N. PL-5.480.

PROJETO DE LEI N. 5.480, DE 2009 (Do Sr. Flávio Dino)

Dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I: DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1. Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes.

§1. Os preceitos desta Lei se aplicam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às respectivas autarquias e fundações públicas; às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos; às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e a todas as pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§ 2. As concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e outras pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, regem-se pelos preceitos desta Lei, quando os fatos geradores da responsabilidade se relacionarem com os serviços públicos que desempenham.

§ 3. As empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil.

§ 4. Os preceitos desta Lei aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos Estados e às Câmaras Municipais, quando no desempenho de função administrativa, observados os capítulos VIII e X desta Lei, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas e ao Ministério Público, como previsto nos capítulos IX e XI.

§ 5. As normas desta Lei estendem-se aos atos praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no que couber.

§ 6. Aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notariais e de registro, casos em que a responsabilidade é solidária entre o Poder Público e os delegados desses serviços.

Art. 2. 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 causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Art. 3. Para os fins desta Lei considera-se:

I - ação - a atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais;

II - omissão - a inércia, a falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, o descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico;

III - falta do serviço - o não funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento;

IV - fato da coisa - evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis; ou pela existência de uma situação de risco, sem a necessidade de identificação do causador do dano;

V - fato do serviço - todo evento, objetivamente lesivo e para cuja caracterização se exige, tão-somente, o nexo de causalidade com o dano;

VI - fato da obra - quaisquer fatos ou faltas referenciados à obra ou serviço, sob regime de execução direta ou indireta;

VII - agente - quem atua para as pessoas jurídicas públicas e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, a qualquer título, mesmo sem vínculo funcional ou de modo temporário ou eventual;

VIII - serviço público - toda atividade pública, executada diretamente ou mediante concessão, permissão, autorização, ou a outro título.

CAPÍTULO II: DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE

Art. 4. A responsabilização civil das pessoas jurídicas públicas ou das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

I - existência do dano e do nexo causal;

II - estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho;

III - ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do Capítulo V desta Lei.

CAPÍTULO III: DO DANO

Art. 5. O dano há de ser real e certo, com decorrências imediatas ou supervenientes.

§ 1. O dano poderá ter consequências individualizadas, coletivas ou difusas.

§ 2. Na caracterização da responsabilidade admitem-se as consequências diretas do dano em relação à vítima, assim como ao cônjuge, companheiro, pais, filhos ou dependentes.

CAPÍTULO IV: DO NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 6. Para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão ou falta do serviço, e fatos do serviço, da obra ou da coisa.

CAPÍTULO V: DAS CAUSAS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS

Art. 7. São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único - Se as ações ou omissões da pessoa jurídica, as faltas de serviço ou os fatos do serviço, da obra e da coisa, concorrerem com a força maior, do caso fortuito ou do fato de terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 8. Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

Art. 9. A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente.

§ 1. Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso.

§ 2. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 10. Nos casos de condenação, transitada em julgado, de pessoa jurídica pública, ao ressarcimento de danos, o fato deverá ser comunicado ao Advogado Geral, ou Procurador Geral ou autoridade equivalente, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade.

§ 1. Recebida a comunicação, o Advogado Geral, o Procurador Geral da União, os Procuradores Regionais da União, os Procuradores Chefes da União nos Estados, o Procurador Geral do Estado, o Procurador Geral do Município ou autoridades equivalentes determinarão as providências necessárias para o exercício do direito de regresso.

§ 2. As autoridades arroladas neste artigo poderão determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§ 3. A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa serão efetuadas mediante processo administrativo.

Art. 11. Identificada a ocorrência do dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor total da indenização paga pelo poder estatal, atualizado monetariamente.

§ 1. Vencido o prazo fixado no caput, sem o pagamento, será proposta, no prazo de 30 (trinta) dias, a respectiva ação judicial regressiva.

§ 2. O agente poderá autorizar o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados na legislação.

§ 3. A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que impeça o desconto, obrigará o agente a quitar o débito em 60 (sessenta) dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 12. As pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, adotarão os procedimentos previstos nos artigos. 10 e 11, no que couber.

Art. 13. A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano reparado, acarreta sua obrigação de ressarcir, não se questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o dolo ou a culpa.

Parágrafo único - Aplica-se à responsabilidade civil do Estado o disposto nos artigos 63 e 64, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, observado o prescrito no art. 9º desta Lei.

Art. 14. A absolvição criminal, do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a inexistência do fato ou da autoria, afasta o exercício do direito de regresso.

§ 1. A sentença criminal, transitada em julgado, que declare ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, também exclui o exercício do direito de regresso.

§ 2. Não será excluído o direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

I - ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência da infração penal ou sua autoria;

II - absolver o réu por não haver prova da existência do fato;

III - absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação;

IV - declarar extinta a punibilidade;

V - declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.

CAPÍTULO VII: DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

Art. 15. Sem prejuízo da propositura da ação própria junto ao Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente, das pessoas jurídicas responsáveis, a reparação dos danos, observadas as seguintes normas:

I - o requerimento será protocolado junto aos órgãos arrolados no inciso IV deste artigo;

II - a partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final;

III - o requerimento conterá o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato e de direito do pedido, as provas e o valor da indenização pretendida;

IV - a decisão do requerimento caberá a uma comissão, que funcionará junto à Advocacia Geral da União, às Procuradorias Gerais dos Estados, às Procuradorias Gerais dos Municípios ou órgãos equivalentes, com recurso ao respectivo titular do órgão, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência pelo interessado;

V - concordando, o requerente, com o valor da indenização, o pagamento será efetuado em

ordem própria, no primeiro semestre do exercício seguinte.

CAPÍTULO VIII: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Art. 16. O Estado responderá por danos causados pela incidência ou aplicação de dispositivo cuja inconstitucionalidade for declarada pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IX: DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

Art. 17. Pelos danos consequentes ao exercício, pelos Tribunais e Conselhos de Contas, de sua competência constitucional de controle externo, o Estado é civilmente responsável, quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único - Se se tratar de exercício de função administrativa, à responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se-á o regime geral previsto nesta Lei.

CAPÍTULO X: DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Art. 18. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parágrafo único. A indenização não será devida, se o erro ou a injustiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Art. 19. O Estado responde pelos danos causados por dolo ou fraude do julgador, sem prejuízo do direito de regresso.

Parágrafo único. Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

CAPÍTULO XI: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 20. As disposições desta Lei aplicam-se aos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa.

Art. 21. Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício, pelo Ministério Público, de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude, ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

CAPÍTULO XII: DA PRESCRIÇÃO

Art. 22. Prescreve em cinco anos a ação de responsabilidade civil do Estado, nos termos desta Lei.

§ 1. O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se configurar a lesão ou aquela em que o legitimado para agir tiver conhecimento de quem seja o responsável, prevalecendo o

fato que ocorrer por último.

§ 2. Proposta ação penal em face do agente, interrompe-se o prazo de prescrição.

CAPÍTULO XIII: DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. Os casos específicos de responsabilidade civil do Estado continuarão a reger-se pela legislação própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 24. Os débitos correspondentes a indenizações decorrentes de decisões da responsabilização civil do Estado têm natureza alimentar e de dívida de valor.

§ 1. A sentença que fixar a indenização terá caráter mandamental no tocante à obtenção de recursos necessários à produção de capital correspondente aos débitos vencidos ou ao início do pagamento mensal destes, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor, tendo o prazo de 30 (trinta) dias para seu cumprimento.

§ 2. Em se tratando de execução da Fazenda Pública, os precatórios correspondentes ao pagamento dos débitos serão pagos na ordem daqueles referentes aos débitos de natureza alimentar.

§ 3. Para os fins do § 3o do artigo 100 da Constituição Federal, são tidos como de pequeno valor os débitos vencidos relativos às indenizações por responsabilidade civil do Estado de até 100 (cem) salários mínimos, por autor.

§ 4. No caso do parágrafo anterior, cada exequente poderá optar pelo pagamento, no prazo fixado pelo § 1o deste artigo, sem necessidade de expedição de precatório.

§ 5. A opção de que trata o parágrafo anterior importa a renúncia do eventual restante de créditos porventura existentes em virtude do mesmo processo, implicando o pagamento, na forma prevista no referido parágrafo, em quitação total dos respectivos valores, determinando a extinção do processo.

§ 6. Os recursos interpostos e os embargos opostos pelo devedor serão recebidos sem efeito suspensivo.

§ 7. Poderá ser atribuído efeito suspensivo nos casos em que o valor dos débitos seja superior ao fixado no § 3o, desde que haja fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 8. Às ações de responsabilização civil intentadas contra a União aplica-se o disposto no art. 109, § 2o, da Constituição Federal, e aquelas ajuizadas contra as demais pessoas enumeradas no art. 1o desta Lei poderão ser aforadas na comarca em que for domiciliado o autor; naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que originou a demanda, ou, ainda conforme o réu, na Capital do Estado, no Distrito Federal, na sede do Município ou das autarquias e das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

Art. 25. Aplica-se a responsabilidade solidária entre o Estado e os diferentes corresponsáveis, nas hipóteses de pluralidade de causas e de fato da obra.

Art. 26. Não prevalecem limites legais de indenização para a responsabilidade civil do Estado.

Art. 27. É facultativa a denúncia da lide nas ações de que trata esta Lei.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

