

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

Fabiano Maranhão Rodrigues GOMES

SUMÁRIO: Introdução. 1. Responsabilidade civil. 2. Responsabilidade civil do estado. 3. Responsabilidade civil do estado por ineficiência dos serviços de saúde pública. 4. Análise jurisprudencial. Conclusão. Referências bibliográficas

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de apontar problemas decorrentes da ineficiência na prestação de serviços de saúde pelo Estado, com o conseqüente estudo responsabilidade que dela deriva.

ABSTRACT: This paper aims to point out problems arising from the inefficiency in the provision of health services by the state, with the consequent responsibility that derives from the study.

PLAVRAS-CHAVE: *serviços de saúde pública; ineficiência; responsabilidade do Estado.*

KEYWORDS: public health services, inefficiency, State responsibility.

Introdução

É fato público e notório que, no Brasil, os serviços de saúde pública possuem severas deficiências em todos os seus níveis, sem exceções, o que acarreta transtornos e danos, muitas vezes irreparáveis à população que busca tal prestação.

Nem seria necessário lembrar que aqueles que realmente sofrem por conta de tais problemas, são unicamente as camadas menos privilegiadas financeiramente, as quais não vêem outra saída senão buscar os serviços de saúde em hospitais e postos de saúde públicos, com tratamentos e medicamentos fornecidos através das redes municipais de saúde ou do SUS – Sistema Único de Saúde.

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 e principalmente em unidades de terapia intensiva.

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1996). Pós graduado pela Escola da Magistratura do Paraná (1997). Mestre em Ciência Jurídica pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2008). Professor titular da Faculdade Paranaense - Faccar. Artigo submetido em 18/10/2009. Aprovado em 21/01/2010.

As conseqüências, como não poderiam ser diferentes, são drásticas. O cidadão sofre com doenças que muitas vezes poderiam ser sanadas mediante a utilização dos medicamentos adequados; as filas em postos de atendimentos e em hospitais públicos são absurdas, sendo que não há mais nenhuma surpresa em ouvir ou ler um noticiário que informa sobre a morte de mais um paciente em fila, na espera de atendimento médico; da mesma forma, muitos sofrem demasiada e desnecessariamente à espera de um leito hospitalar; outros morrem aguardando a vaga no leito de uma unidade de tratamento intensivo.

Nesta última hipótese, na verdade, o paciente, desprovido de um plano de saúde privado, diante de um agravamento patológico, outra saída não tem senão torcer para desocupação dos leitos da UTI's, seja através da cura ou da morte daqueles que os estejam ocupando.

A situação da saúde pública é dramática, triste e, até mesmo, revoltante.

Num país em que a carga tributária é uma das maiores do mundo, é inadmissível e incompreensível que a saúde pública esteja envolvida por tantos problemas, a imensa maioria deles decorrente da falta de recursos.

Garantida pelo art. 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Esse dever do Estado é, portanto, pressuposto basilar na efetivação da saúde, já que se vive num Estado Democrático de Direito. Segundo Hwerstton Humenhuk¹:

Quando se fala em um Estado Democrático de Direito, se fala em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social”.

A efetivação dos direitos sociais, contudo, a despeito da consagração nos textos legais, encontrou inúmeros percalços, principalmente de natureza econômica, eis que é cediço que os direitos sociais, de maneira geral, ao contrário dos direitos individuais, demandam prestações positivas pelo Estado.

Por outro lado, tais direitos, 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 social².

¹ HUMENHUK, Hwerstton. O direito a saúde no Brasil e a teoria dos Direitos Fundamentais. Em www.jus.com.br/doutrina

² CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. p.274 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. p.249.

Desnecessário mencionar que o grande problema encontra-se eivado na saúde pública dos países inseridos no chamado bloco do terceiro mundo, onde quem não tem condições de arcar despesas de planos de saúde, vê-se complementemente desprovido e desamparado.

Dentre as especificidades do gênero, é de bom alvitre destacar a obrigação do Estado de prestar ao cidadão tratamento digno às suas enfermidades, onde se inclui o dever de fornecer os medicamentos necessários a tal fim.

Nota-se, com certa freqüência, o surgimento de diversas situações e discussões ligadas à saúde pública, as quais colocam 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 razoável situação econômica.

Diante deste paradoxo, a cada dia que passa, cresce a quantidade de ações oponíveis ao Estado, em que se objetiva compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas acerca dos bens jurídicos que a Constituição alinha na Ordem Social.

Conseqüentemente, a questão que surge é da responsabilidade do Estado pelo caos da saúde pública e pelos danos causados aos cidadãos em virtude desta ineficiência na prestação dos serviços de saúde, que são de primeira importância.

A idéia da responsabilidade objetiva do Estado, logo após um breve estudo sobre responsabilidade civil, deve ser o ponto de partida para que se possa chegar a uma conclusão sobre a obrigação estatal de reparar ou indenizar os danos causados aos cidadãos pela prestação deficiente dos serviços de saúde.

Posteriormente à análise da responsabilidade é de bom alvitre uma análise das decisões judiciais que têm se solidificado nos Tribunais brasileiros a respeito da matéria.

1. Responsabilidade Civil

A idéia de responsabilidade existe, provavelmente, desde o início das civilizações.

Em tempos iniciais, além da própria repulsa individual ao agressor, pairava a idéia de vingança coletiva, através de uma reação coletiva em relação ao ato agressivo.

Posteriormente, com fundamento na Lei de Talião, essa reação foi se particularizando, donde surgiu a figura da vingança privada.

Com a evolução da humanidade surgiu a idéia da composição voluntária, prevalecendo o entendimento de que seria mais racional a reparação do dano por meio da prestação da *poena* e outros bens, que consistia no pagamento de certa quantia em dinheiro.

Em seguida começou a surgir a figura do Estado, ainda que muito tímida, na busca da solução dos conflitos individuais, até que com a introdução dos conceitos jus-romanísticos, da *Lex Aquilia de Damno*, sedimentou-se a idéia de reparação pecuniária.

Mas foi em França que surgiram as primeiras teses sobre a teoria da responsabilidade, através do princípio da responsabilidade civil.

No que pertine à semântica do termo responsabilidade civil, pode-se auferir de Rui Stoco³ a seguinte lição: “A noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim ‘respondere’, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos.”

Na busca de delimitar um pouco mais esse conceito, Venosa⁴ chama a atenção para a circunstância pela qual

o termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizados para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. [...] Também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio, não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o nosso Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada.

Já Diniz⁵ (2002, p. 36), ensina que

a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Vale mencionar que não se deve confundir as idéias de obrigação e responsabilidade, pois segundo Ferraz Junior⁶, “entre as expressões *obrigação* e *responsabilidade* há algumas diferenças peculiares no uso lingüístico. Assim, é possível dizer que a sentinela tem a obrigação de bater continência para o oficial, mas não se diz que tem a responsabilidade de fazê-lo.”

Pessoa Jorge⁷ lembra que na responsabilidade civil não se busca castigar o infrator, mas tão somente compensar a vítima do prejuízo, enquanto que na responsabilidade penal, o interesse é de punir o infrator.

Continua o mesmo autor, afirmando que “a violação de um dever, em sentido técnico, gera responsabilidade obrigacional (contra e extra-contratual), enquanto que a violação de outro dever, gera responsabilidade extra-obrigacional, delitual ou aquiliana.”⁸

³ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. p. 161.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. p. 582

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. p. 161

⁷ PESSOA JORGE, Fernando de Sany Lopes. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.. p. 9-15 e 29-57.

⁸ PESSOA JORGE, Fernando de Sany Lopes. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.. p. 9-15 e 29-57.

A responsabilidade obrigacional distingue-se da delitual, de forma relevante, nos seguintes pontos: a) a culpa presume-se na primeira e não na segunda, em regra; b) há solidariedade passiva na segunda e não na primeira, salvo se a obrigação tiver este caráter.

A idéia de que a responsabilidade civil constitui uma sujeição a uma sanção não é suficiente, pois segundo o autor, a responsabilidade civil configura-se como “obrigação de indenizar”. A função, portanto, é primariamente reparadora e secundariamente punitiva.

Realizadas estas análises conceituais, necessária, neste momento, uma breve análise a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil.

Pessoa Jorge, de antemão, adverte sobre as divergências doutrinárias que envolvem este tema.

Para o mencionado autor são pressupostos da responsabilidade civil “o ato ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação (liga o ato ilícito ao agente), mas que podem resumir-se a dois: ato ilícito e prejuízo reparável, entendendo que o nexo de imputação e de causalidade se integram no ato ilícito”.

Ao analisar o assunto, Diniz⁹ ressalta os seguintes pressupostos ensejadores da responsabilidade civil:

- a) Existência de uma *ação*, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato lícito ou ilícito [...];
- b) Ocorrência de um *dano* moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada [...];
- c) *Nexo de causalidade entre o dano e a ação* (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. (grifo da autora)

Além desses pressupostos, Venosa¹⁰ e Rodrigues¹¹, incluem a culpa do agente, ensinando que “quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.”

A **conduta**, como pressuposto da responsabilidade civil, é toda manifestação humana, positiva ou negativa, no mundo fático hábil a produzir efeitos lesivos à esfera de outrem.

A conduta corresponde a um “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”¹²

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Volume. p. 13;

¹¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. p. 12;

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 37;

A conduta pode ser comissiva ou omissiva. A comissiva corresponde a uma ação; já a omissiva, a uma falta de ação, sendo esta última, segundo Stoco¹³ “a omissão é um *non facere* relevante para o Direito, desde que atinja a um bem juridicamente tutelado. [...] A omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma.”

Para ensejar a responsabilização do agente, a conduta deve ser voluntária, ou seja, controlável pela vontade de quem a pratica, pelo que incapazes de dar azo à responsabilização os atos ou omissões praticados mediante coação absoluta, estado de inconsciência, hipnose, sonambulismo ou fatos naturais invencíveis.

Quanto ao **dano**, vale dizer que não há responsabilidade sem prejuízo. Logo, o prejuízo ou dano é antecedente e causa direta da responsabilidade. Em nenhum caso, a responsabilidade da pessoa física ou jurídica pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade.”

A noção de dano traz como pressuposto lógico a figura do lesado, que pode sofrer as conseqüências lesivas da conduta do responsável tanto de forma direta, como também indireta.

Por conseguinte, o dano deve ocasionar a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa.

Outro requisito é que o dano seja efetivo ou certo, sendo inadmissíveis meras conjecturas ou possibilidades de lesões simplesmente hipotéticas.

O dano pode ser material ou moral.

O dano material é aquele que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável

O dano moral, por sua vez, é aquele que afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo, suas virtudes, enfim, causando-lhe mal-estar ou uma indisposição de natureza espiritual.

Nexo causal é liame de causalidade, é o vínculo entre o prejuízo e a ação, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível.”

A **culpa *latu sensu*** e o **risco** por alguns autores são considerados como fundamentos e, por outros, como critérios de imputação da responsabilidade civil

A culpa atrela-se irremediavelmente a uma conduta do agente, relevante para o Direito à medida que tem o condão de produzir resultados danosos à esfera juridicamente protegida de outrem e, com isso, desencadear o mecanismo de responsabilização.

Monteiro¹⁴ completa esse raciocínio, aduzindo que

¹³ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. p. 132, 133;

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. p. 276;

[...] o direito à indenização surge sempre que o prejuízo resulte da **atuação do agente** [...]. Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar o prejuízo, a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*strictu sensu*). (grifo nosso)

A culpa, em sentido amplo, portanto, como elemento anímico norteador da conduta do agente na violação de um dever jurídico, pode compreender o dolo, que consiste na violação intencional desse dever jurídico, ou ao menos na assunção do risco de violá-lo; e culpa *strictu sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência.

Desse modo, age dolosamente aquele que “*intencionalmente* procura causar dano a outrem; ou ainda aquele que, consciente das conseqüências funestas de seu ato, assume o risco de provocar o evento danoso.”¹⁵

Atua culposamente aquele que causa prejuízo a terceiro em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.

Dessa forma, a culpa *strictu sensu* comporta três modalidades, assim lapidarmente definidas por Gonçalves¹⁶:

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional.

Segundo o critério subjetivo de imputação da responsabilidade, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário à configuração do dever de indenizar, de tal sorte que a responsabilidade do causador do dano tem lugar somente se provado seu agir culposo ou doloso.

Esta é a teoria subjetiva da culpa, a qual não se mostra capaz de atender a todos os problemas envolvendo responsabilidade civil.

O suprimento dessa insuficiência, por sua vez, dá lugar à teoria do risco, como critério de imputação da responsabilidade, adiante exposto.

Nesta linha, ensina Rodrigues¹⁷,

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. p. 304;

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. p 9, 10.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. p. 307;

Dentro da rigidez da teoria da culpa, não se encontram meios para obter amplo ressarcimento do dano, porque, para alcançar a indenização necessário se faz que a vítima prove não só o ato do agente e o dano sofrido, como também a relação de causalidade e, principalmente, a culpa do réu.

A teoria do risco funda a imputação de responsabilidade segundo critérios objetivos e tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

A objetividade da teoria do risco decorre justamente da prescindibilidade de comprovação do elemento subjetivo culpa, *latu sensu*, para a configuração da responsabilidade civil, a qual deve decorrer de mandamento legal, de tal sorte que é a lei a determinante das situações nas quais a perquirição ao redor da culpa do agente causador do dano é dispensada.

Gonçalves¹⁸, em relação a esta teoria, acrescenta que

[...] toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como ‘risco-proveito’, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum ibi onus*); ora mais genericamente como ‘risco criado’, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Assim, conclui-se que importa para o critério objetivo a ocorrência do dano, a conduta lesiva do agente e o nexo de causalidade entre ambos.

O professor Trimarchi¹⁹ ensina sobre a atribuição dos eventos danosos na responsabilidade objetiva por risco lícito. Segundo seus estudos “a responsabilidade civil por ato ilícito apresenta dois aspectos conexos: uma parte que tende a reintegração do patrimônio danificado; de outro, constitui uma sanção ao encontro de quem se comportou na maneira proibida, e cuja ameaça contribui preventivamente para desanimar o cometimento de ações ilícitas”.

A responsabilidade objetiva para o risco lícito também tem dupla função, sendo que para uma parte entende-se como reintegração do patrimônio danificado e, para outra parte, uma pressão econômica em quem organizou a atividade de risco conseqüentemente a induzir que àquela seja racionalizada.

O propósito da função da responsabilidade objetiva, deriva também o limite daquela.

Em resumo Trimarchi²⁰ faz a seguinte ilustração:

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. p 18.

¹⁹ TRIMARCHI, Pietro. Causalità e danno. 133-163.

²⁰ TRIMARCHI, Pietro. Causalità e danno. p. 133-163;

1) A **primeira situação típica** é aquela na qual: a) A atividade que é fonte da responsabilidade objetiva (o incidente por esta causado) foi condição necessária do evento somente por haver determinado a presença do bem lesado no lugar e no tempo em que o evento mesmo é verificado, e b) o risco de um evento danoso do tipo daquele se é verificado é distribuído em modo substancial uniforme no espaço e no tempo.

A ilustração disso, no campo da responsabilidade por ilícito, pode ser dada pelo seguinte exemplo: um incidente culpável, causado por A, obriga B a refazer o transporte de certas mercadorias, que pela demora ficaram depositadas no armazém. Se durante esse prolongado depósito as mercadorias foram roubadas, A - dizia - não responde pelo dano, por ser uma condição *sine qua non*. Suponhamos agora que o incidente tenha sido ocasionado por A sem culpa, mas no exercício de uma atividade subordinada ao regime da responsabilidade objetiva: a solução - com base no que foi dito - não muda.

2) A **segunda situação típica** é aquela na qual a atividade que é fonte da responsabilidade objetiva (o incidente por ela ocasionado) tinha previsto o necessário cumprimento, por parte do prejudicado, dos atos da vida ordinária que implicam a exposição de quem cumpria a um risco tolerável, e por isso realizou-se em dano.

Se uma pessoa ferida em um acidente deve ser transportada em avião, e morre num desastre aéreo, quem causou o primeiro fenômeno não responde pela morte; e esta solução vale identicamente tanto no caso que a responsabilidade pelo ferimento seja objetiva, quanto no caso que seja fundada sobre a culpa.

3) A **terceira situação típica** é aquela na qual um ato humano ocasiona o dano, movido por uma vontade de prejudicar, a qual presumivelmente teria encontrado de qualquer forma um modo de se realizar com efeitos análogos. Assim, o proprietário de uma linha elétrica de alta tensão pode ser responsável pelo incêndio causado por um curto circuito accidental, mas não o será certamente se o curto circuito foi determinado por uma pessoa que se propõe a provocar o incêndio.

Se o ato direto a causa dano foi completo por um preposto do empreendedor e apresenta a característica acima indicada (movido por uma vontade que presumivelmente encontraria de qualquer forma um modo de realizar-se), diz-se que isso não ingressa no exercício das incumbências e por isso não implica a responsabilidade do praticante do trabalho entre a atividade da empresa e o dano.

A responsabilidade pelo ilícito é limitada aos danos decorrentes do risco vedado, assim que, se um mesmo ato cria consigo um risco ilícito e um lícito, e tanto um quanto outro ocasionam um dano, só aquele resultante do primeiro é ressarcível.

De outro vértice, enquanto a responsabilidade do ilícito não cobre aqueles eventos danosos que são manifestações de um risco lícito, ainda que criado pelo ato ilícito, a responsabilidade objetiva regula integralmente o risco pertinente à atividade em questão.

Disso tudo, pode-se formular o seguinte critério: “a responsabilidade objetiva se estende da regra de todos os danos (superiores ao ‘normal tolerável’)

que são realizações do maior risco tipicamente criado pela atividade em questão, salvo as limitações eventualmente introduzidas pela lei com uma particular descrição dos danos ressarcíveis”²¹.

Sobre os critérios limitativos da responsabilidade objetiva, Trimarchi²² elenca três, a saber:

1º) a responsabilidade não compreende um dano que, por ser estado causal da atividade colocada no regime da responsabilidade objetiva, são realizações do risco aos quais a vítima sabia estar, de qualquer modo, substancialmente exposta.

2º) a responsabilidade regula todos os novos riscos tipicamente criados da atividade em questão, mas pode ser legislativamente limitada através de uma descrição particular do risco ou dos incidentes.

3º) a responsabilidade não se estende aos eventos danosos cuja gravidade seja desproporcional ao risco típico pertinente à atividade em questão.

Em suma, a responsabilidade civil apresenta-se sob várias espécies, que , segundo Gandini²³, da seguinte forma:

1) Quanto ao seu fato gerador, poderá ser:

a) **Responsabilidade contratual**: proveniente de conduta violadora de norma contratual;

b) **Responsabilidade extracontratual ou aquiliana**: resultante da violação de um dever geral de abstenção, de respeito aos direitos alheios legalmente previstos.

2) Quanto ao agente, poderá ser:

a) **Responsabilidade direta**: proveniente de ato do próprio responsável;

b) **Responsabilidade indireta**: provém de ato de terceiro, vinculado ao agente ou de fato de animal ou coisa inanimada sob sua guarda.

3) Quanto ao seu fundamento, poderá ser:

a) **Responsabilidade subjetiva**: presente sempre o pressuposto culpa ou dolo. Portanto, para sua caracterização devem coexistir os seguintes elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

b) **Responsabilidade objetiva**: não há a necessidade da prova da culpa, bastando a existência do dano, da conduta e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente. A responsabilidade está calcada no risco assumido pelo lesante, em razão de sua atividade.

Diante desta noção geral de responsabilidade civil estampada neste capítulo, parte-se, em seguida, de modo mais detido, à análise da responsabilidade civil do Estado.

3. Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade do Estado está implícita na noção do Estado de Direito, não havendo necessidade de regra expressa para firmar-se isto, posto que no

²¹ TRIMARCHI, Pietro. Causalità e danno. p. 133-163.

²² *Ibid.*

²³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva

Estado de Direito todas as pessoas, de direito público ou privado, encontram-se sujeitas à obediência das regras de seu ordenamento jurídico. Desta forma, presente também está o dever de responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio.

Meireles²⁴ utiliza o termo “responsabilidade da administração”, pois entende que o dever de indenizar se impõe à Fazenda Pública.

Em relação à evolução da noção da responsabilidade do Estado é possível realizar uma correlação entre as diversas épocas e as teorias que envolveram a matéria.

Num primeiro momento, durante as monarquias absolutistas, vigia a teoria da Irresponsabilidade do Estado, segundo a qual os atos praticados sobre a sociedade não responsabilizavam o rei.

Posteriormente, surgem as teorias civilistas, das quais se pode mencionar: a) Teoria sobre os atos de império (aqueles em que o Estado exerce com plenos poderes) e atos de gestão (aqueles em que o Estado se equiparava ao particular); b) Teoria da culpa cível ou da responsabilidade subjetiva: verificavam se o Estado: não funcionou; funcionou atrasado; ou funcionou mal; (os três independentes de culpa do agente da Administração).

Num terceiro momento, aparecem as Teorias Publicistas, como: a) Teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público: A teoria de culpa administrativa não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa que o particular fica dispensado de provar a culpa da Administração; embora esta possa demonstrar culpa total ou parcial do lesado, eximindo-se assim de indenização; e b) Teoria do risco integral ou da responsabilidade objetiva: A teoria do risco total da Administração é a modalidade extrema da doutrina, pois a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que este contribua com culpa ou dolo.

Canotilho²⁵ classifica a responsabilidade por fato da função administrativa em: a) responsabilidade por atos administrativos lícitos, em que há a imposição de um sacrifício inexigível; e b) a responsabilidade por risco, que pode derivar de danos resultantes de trabalhos públicos, de atividades excepcionalmente perigosas, de vacinações obrigatórias, da ação de presos foragidos ou alienados, do funcionamento de máquinas empregadas na atividade administrativa, do risco social, de necessidade administrativa e de calamidades nacionais.

No Brasil, desde os tempos do Império que a legislação prevê a reparação dos danos causados a terceiros pelo Estado, por ação ou inação dos seus agentes.

As Constituições de 1824 (Art. 179) e de 1891 (Art. 82), já previam a responsabilização dos funcionários públicos por abusos e omissões no exercício de seus cargos. Mas a responsabilidade era do funcionário, vingando até aí, a teoria da irresponsabilidade do Estado.

²⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 530

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos.

Durante a vigência das Constituições de 1934 e 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. O lesado podia mover ação contra o Estado ou contra o servidor, ou contra ambos, inclusive a execução.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 15, já tratava do assunto, determinando a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes:

A Constituição de 1946, que adotou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, com a possibilidade de ação regressiva contra o servidor no caso de culpa.

Com a Constituição de 1967 houve um alargamento na responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores.

Tal posicionamento foi aprimorado com o advento da Constituição de 1988, que estendeu a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, os não essenciais, por concessão, permissão ou autorização.

Versa a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º:

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

Desta forma, fica evidente que a Constituição Federal acolheu a responsabilidade objetiva do Estado, de tal sorte que, para sua caracterização deve ser verificado, primeiramente, a ocorrência de um dano, uma conduta, comissiva ou omissiva, do Poder Público, a existência de um nexos causal entre esta e aquele, além da ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.²⁶

Neste sentido, ensina Marcos Araújo²⁷, que são requisitos para o nascimento do dever ressarcitório do Estado, consoante a teoria do risco administrativo:

a) a existência de um dano correspondente a “*lesão a um direito da vítima*”, certo e injusto. Para os adeptos da teoria subjetiva em caso de omissão do poder público, estes casos exigem, ainda, o comportamento culposos da administração;

b) o responsável pelo ato deve se revestir da qualidade de funcionário da Administração Pública;

c) é preciso que haja nexos de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo da Administração e o dano causado. Ressalte-se que, na apuração da causalidade, o STF abraça a teoria da interrupção do nexos causal, ou do dano direto e imediato, que proclama existir nexos causal apenas quando o dano é o efeito direto e necessário de uma causa.

²⁶ MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. p. 3068.

²⁷ ARAÚJO, Marcos. Responsabilidade civil do Estado.

Não se trata, portanto, da teoria do risco integral, mas sim do risco administrativo, patente a possibilidade de invocação de causa excludente ou atenuante da responsabilidade, vedada qualquer possibilidade de previsão normativa de outras teorias, inclusive a do risco integral.

O reconhecimento da adoção da teoria do risco administrativo também é verificável no plano jurisprudencial, sendo inclusive este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto a ser relevado é o da responsabilidade do Estado por omissão. Existe relevante controvérsia a respeito de ser subjetiva ou objetiva tal responsabilidade.

Uma primeira corrente entende ser a responsabilidade subjetiva por atos omissivos do Estado, sob o enfoque de que ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente”²⁸.

Em julgamento do Recurso Extraordinário 179.147, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva) e a responsabilidade civil do Estado no caso de danos pela omissão da Administração (responsabilidade subjetiva).

É o caso de uma manifestação pública, em que uma multidão de terceiros (particulares não na qualidade de agentes públicos) venha a causar danos às pessoas, depredando propriedades, por exemplo; ou de fenômenos da natureza, como vendavais, chuvas, enchentes, etc, que venham a causar sérios prejuízos à população. Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovada a culpa da Administração (responsabilidade subjetiva)²⁹.

Para uma segunda corrente doutrinária, a responsabilidade do Estado por ato omissivo deve ser objetiva.

A doutrina de um modo geral, salvo raras exceções, não discrimina entre o dano decorrente de ação e dano decorrente de omissão do Estado, para fins de se fixar a natureza da responsabilidade do Estado, considerando, para ambas as hipóteses, a responsabilidade objetiva.

O STF já decidiu que não é qualquer omissão estatal em que a responsabilidade estatal é subjetiva. Para a Suprema Corte há dois tipos de omissão: a omissão geral e a omissão específica. “Para a omissão geral, a responsabilidade é

²⁸ FIGUEIREDO, L. V. Curso de direito administrativo. p. 260.

²⁹ ALEXANDRINO, M. & Paulo. Direito administrativo. p. 410

subjetiva, enquanto para a omissão específica é objetiva (exemplo: descumprimento de ordem judicial determinando que policiais resguardem determinado patrimônio é omissão específica).

O Estado só não se responsabiliza mediante a comprovação da ocorrência de causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil, que são, segundo Araujo³⁰: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade.

À lição de Araújo mercê acrescentar-se o caso fortuito, completando-se o rol de excludentes.

De acordo com Marcos Araújo,

a responsabilidade civil do Estado é um instituto essencial à construção do Estado Democrático de Direito, pois assegura os direitos do cidadão em face de um injusto dano causado pelo poder público a seu patrimônio. Sua objetivação coaduna-se com a doutrina mais moderna, que almeja facilitar o ressarcimento do lesionado pelo agir dos agentes públicos, mediante a dispensa da prova de culpa. Insere-se dentro do respeito que os agentes de um governo que se pretende representante da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88) estão obrigados a dispensar a seus cidadãos, garantia de que manter-se-ão dentro dos limites da legalidade no desempenho de suas funções, e de que, ainda nessas hipóteses, caso seja imprescindível o sacrifício de um direito particular em prol do bem comum, aquele será prontamente ressarcido, pois atentaria contra a liberdade e a igualdade entre os cidadãos que um indivíduo pudesse ser privado de uma parcela de seu patrimônio sem uma respectiva compensação.³¹

Realizadas estas considerações a respeito da responsabilidade civil do Estado, cumpre adiante analisar a responsabilidade do Estado pela ineficiência nos serviços de saúde pública que cause dano ao cidadão.

4. Responsabilidade Civil do Estado Por Ineficiência dos Serviços de Saúde Pública

A partir da noção de responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado esposadas nos capítulos anteriores, é possível uma averiguação mais específica no que tange à responsabilidade do Estado pela ausência ou por falhas na prestação de serviços públicos de saúde.

Garantida pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Esse dever do Estado é, portanto, pressuposto basilar na

³⁰ ARAUJO, Edmir Netto. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. p. 35.

³¹ ARAÚJO, Marcos. Responsabilidade civil do Estado. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Juxta Legem - CEJUSTA

efetivação da saúde, já que se vive num Estado Democrático de Direito.

O direito à saúde e à vida humana, resguardado pela Constituição Federal, é garantia fundamental irretirável. O fundamento jurídico de tal responsabilidade está estampado no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1.988, segundo o qual:

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, que à Administração eximir-se, total ou parcialmente, mediante provar a força maior, o fato necessário ou inevitável da natureza, ou a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Se o dano é resultante de omissão do Estado, como já visto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência divergem, entendendo alguns pela responsabilidade objetiva e outros 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 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 lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, contrária à ordem jurídica.

Portanto, ficando 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, ou seja, as perdas patrimoniais causadas ao cidadão, como por exemplo, as despesas com medicamentos ou tratamentos particulares, quanto os danos morais, caracterizados pelo desconforto pessoal.

A doutrina ainda menciona o dano estético, como uma das variantes dos danos indenizáveis.

5. Análise Jurisprudencial

Neste capítulo, no escopo de melhor elucidar a matéria, foram selecionadas algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais demonstram o entendimento daquela Corte Superior a respeito da responsabilidade do Estado por danos causados aos cidadãos por ausência ou falha na prestação do serviço público de saúde.

CASO 1 -

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.³²

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 inequívoca 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 do 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 a 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. Além disto, o que se discute neste feito é a **responsabilidade** pelo não fornecimento de medicamento necessário para evitar a rejeição de órgão transplantado, obrigação única e exclusiva do ente público e não do Hospital Pedro Ernesto.”

³² Resp 686208 / RJ ; Recurso Especial 2004/0112790-9. Relator(A) Ministro Luiz Fux (1122). Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Data Do Julgamento 16/06/2005. Data Da Publicação/Fonte DJ 01.07.2005 P. 414. LEXSTJ Vol. 192 P. 177

4. Outrossim, “o laudo pericial de fls. 541 usque 544 é conclusivo quanto aonexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado.”

5. Desta sorte, “não há como se amparar a tese de que o dano decorreu 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 ‘sandimmun’ e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão” (fls. 696)

6. Assentando o aresto recorrido o nexode 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 nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO.

7. Recurso Especial desprovido.

Neste primeiro caso, o cidadão ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face do Estado alegando ser portador de insuficiência renal crônica, tendo sido submetido a transplante renal e que para evitar a rejeição do órgão transplantado necessitava de determinada medicação que, não obstante decisão liminar em mandado de segurança impetrado para conseguir o remédio, o réu não cumpriu plenamente a ordem judicial privando o autor da medicação, o que o levou a perder o órgão transplantado, retornando à hemodiálise-regular.

A decisão que reconheceu a responsabilidade do Estado embasou-se no artigo 196 da Constituição da República disciplina que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Para cumprir este dever constitucional, criou-se o SUS - Sistema Único de Saúde, previsto no artigo 200 da Constituição Federal, que funciona através de ações e serviços em todas as esferas de atuação do Poder Público, quais sejam, federal, estadual e municipal.

Esta norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 8080D 90, cujo artigo 6º prevê a atuação dos órgãos vinculados ao SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Assim, inegável a legitimidade do Estado para responder pelas conseqüências suportadas pelo cidadão lesado, pois o descumprimento do seu dever legal, levou a perda do enxerto transplantado, causando severo dano à saúde do cidadão.

O acórdão ressaltou que “os doentes devem receber gratuitamente do SUS a medicação própria a seu tratamento, como dispõe a Lei n.º 9.313D 96, e o fornecimento dos remédios jamais pode ser limitado ou padronizado, sendo suficiente para a caracterização do seu dever a prescrição do medicamento pelo

médico responsável pelo tratamento do paciente.”

Finalmente, o julgado colacionou alguns julgados relacionados à matéria, que convém mencionar:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TIROTEIO ENTRE POLICIAIS E BANDIDOS. MORTE DE TRANSEUNTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. Tiroteio entre policiais e bandidos. Precauções necessárias a evitar-se risco à incolumidade pública. Inexistência. Morte de transeunte. Responsabilidade civil do Estado pelos danos que seus agentes causarem nessa condição. Nexo de causalidade constatado nas instâncias ordinárias. Reexame. Impossibilidade. Súmula 279D STF. Agravo regimental não provido. (RE 257.090D RJ, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 26-05-2000)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS CAUSADOS A VEÍCULO QUE SE ENCONTRA ESTACIONADO EM DEPENDÊNCIAS DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. ARTIGO 37, PAR. 6., DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 279. Ante a prova dos autos, atribuiu a Corte recorrida responsabilidade ao poder público municipal pelos danos sofridos em veículo que se encontrava sob sua jurisdição e tutela. Indagar, a esta altura, se há ou não nexo de causalidade material entre o ato de apreensão do veículo e o resultado final lesivo, exigiria aprofundado e minucioso reexame de matéria de fato, como tal não autorizado pela jurisprudência consagrada na Súmula 279. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 140.798 D SP, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 22-09-1995)

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. ATO JUDICIAL. ILEGALIDADE. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07D STJ.

1. A lide cinge-se à questão de se o ato judicial, praticado na ação possessória, acarretou ou não dano ao agravante - o que implicaria na responsabilidade civil do Estado, e não sobre sua validade. Tendo o Tribunal a quo se pronunciado a respeito, não há que se falar em omissão.

2. A existência do nexo de causalidade não pode ser analisada em sede de recurso especial por implicar reexame de matéria fática (Súmula n.º 07D STJ).

(AgRg nos EDcl no AG 244.454D GO, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJU de 26.06.2000)

CASO 2 –

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 Nº 7, DO S.T.J., AFASTADA. CONHECIMENTO DO RECURSO.³³

O acidente sofrido por menor impúbere quando brincava no estabelecimento mantido pelo **Estado**, que freqüentava, gera a obrigação de reparar o dano. Age culposamente quem, pela negligência no seu dever de vigilância, causou prejuízo à **saúde** da vítima, que, embora atendida de imediato, necessita de tratamento complementar. Como forma de indenização, a pensão mensal requerida satisfaz a pretensão manifestada. Afasta-se, no caso concreto, o reexame de provas, vedado pela Súmula nº 07, do S.T.J., que não deve ser aplicada com extremo rigor, nas circunstâncias do processo, examinando-se os elementos existentes, para se conhecer do recurso nobre. Voto vencido.

A falha no serviço público de saúde que acarreta acidente causador de danos pessoais a cidadão também deve ser indenizado.

É responsabilidade do Estado o dever de zelar por aqueles que se encontram, por qualquer motivo, em estabelecimento público.

Desta forma, a omissão que causa danos, gera a responsabilidade e a obrigação de indenizar.

A discussão a respeito de ser a responsabilidade objetiva ou subjetiva em caso de omissão será analisada nos comentários ao próximo julgado.

CASO 3-

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – MORTE DE PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL INTERNADO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DO ESTADO.³⁴

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

³³ REsp 143546 / PI ; Recurso Especial 1997/0056109-7. Relator(A) Min. Helio Mosimann (1093). Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 16/03/1999. Data da Publicação/Fonte DJ 31.05.1999 p. 116. JSTJ vol. 7 p. 214. LEXSTJ vol. 123 p. 229. RSTJ vol. 124 p. 223. RT vol. 768 p. 184.

³⁴ REsp 602102 / RS ; Recurso Especial 2003/0192193-2. Relator(A) Ministra Eliana Calmon (1114). Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 06/04/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 21.02.2005 p. 146; LEXSTJ vol. 187 p. 166; RNDJ vol. 65 p. 127; RT vol. 836 p. 151

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 só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
5. Incidência de indenização por danos morais.
6. Recurso especial provido.

Nesta última situação a cidadã reivindica indenização pela morte de seu filho que, portador de doença mental, foi internado num hospital psiquiátrico do Estado. Faltando 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 artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 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 a responsabilidade objetiva é o Estado provar que o fato danoso ocorreu por culpa da vítima ou por caso fortuito ou força maior.

Não obstante, no que toca especificamente à responsabilidade do Estado por omissão, a própria doutrina diverge em relação a qual das teorias deve ser observada, se a objetiva ou a subjetiva, aparentemente relativizando e temperando o 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 exame do 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, ou seja, 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.

Entretanto, no caso em tela, a ineficiência da prestação do serviço estatal é evidente, permitindo que paciente cometesse suicídio, tendo como consequência a configuração da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Conclusão

Diante do contido no presente trabalho, pode-se concluir que a saúde é um direito de todos e mesmo aqueles sem condições de custear tratamentos ou medicamentos podem exigir do Estado a efetivação deste direito fundamental social e de aplicabilidade imediata.

Conseqüentemente, qualquer cidadão pode buscar intervenção jurisdicional que pretenda concretizar o direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Saliente-se, entretanto, que o direito à saúde deve ser entendido como um direito de justiça social e, não como um poder individual absoluto e ilimitado exercido contra o Estado.

Inobstante, ocorrendo a prestação ano satisfatória do serviço de saúde publica, da qual derive um dano, exsurge a responsabilidade estatal.

De tal responsabilidade advém o dever de ressarcir o cidadão lesado em virtude da ausência ou da falha no serviço de saúde, através reparação do dano ou de seu ressarcimento, mediante *quantum* indenizatório, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência mais atual de nosso país.

Conseqüentemente, cada cidadão tem em mãos meios próprios de garantir o seu direito à prestação de um serviço de saúde pública digno e realmente eficaz, fazendo valer os ditames da Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Francisco Caramuru. *Responsabilidade civil de hospitais, clínicas e prontos- socorros*, in Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar, Saraiva.

ALEXANDRINO, M. & Paulo, V. (2004). *Direito administrativo* (5ª ed.). Rio de Janeiro: Impetus.

ALVIM, Arruda et.al. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. Coimbra Editora.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Livraria Almedina, 1987;

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos*. São Paulo : Dialética, 1997;

ANDRADE, Lédio Rosa. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996;

ARAUJO, Edmir Netto. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981. 144 p.

ARAÚJO, Marcos. *Responsabilidade Civil do Estado*. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Juxta Legem – CEJUSTA - http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Responsabilidade_Civil_do_Estado.php. (Consultado em 29/01/2007)

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2ª. Ed., Brasília : Brasília Jurídica, 2000;

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12ªed., São Paulo : Ed. Saraiva, 1990;

_____. TAVARES, André Ramos. *O princípio da Proporcionalidade*. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo : Ed. Saraiva, 2000;

BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim. *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ferrer Correia . Coimbra, Número Especial, Vol. III, 1991;

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994:

_____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Editora, 1991;

_____. MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001;

_____. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*, Almedina, Coimbra.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1993, *apud* SKRELL, Andréas J. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000;

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Lízia de Pedro. *Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. In: MAUÉS, Antônio Geraldo Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001;

CUNHA, Paulo Ferreira. *Teoria da Constituição*. Vol.II, Direito Humanos e Direitos Fundamentais, Lisboa : Editorial Verbo, 2000;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22ª. ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2001;

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, vol.1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7.º volume. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

FALCÃO, Alcino Pinto. *Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de Direito público*, RDA 11/45.

FARIA, José Eduardo. *Introdução : O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico*. FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo :Malheiros Editores, 1994;

_____. *As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais*. FARIA, José Eduardo (org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 1994;

_____. *O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo :Malheiros Editores, 1994;

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª.ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005;

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed.ver., São Paulo : Saraiva, 1992;

FIGUEIREDO, L. V. (2001). *Curso de direito administrativo* (5ª ed). São Paulo: Malheiros.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Proteção e Garantia dos Direitos Humanos: Alguns Aspectos da Atuação do Ministério Público Mato Grosso*: Tribunal Regional Federal da 1ª.Região. Disponível em: WWW.URL:http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/proteção_e_garantia.htm (Consultado em 27/12/2006);

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros,1999.

GALLI, Maria Beatriz. *Análise da Eficácia Jurídica dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica-RJ. Disponível na internet em WWW.URL:http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev12_maria.html. (Consultado em 01/12/2006);

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/resp-estado-omissiva.htm>>. (Consultado em 29/01/2007)

GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A Busca de uma Exegese Emancipatória* . Curitiba, 1989. Monografia (para disciplina Direito Constitucional Positivo, do Curso de Mestrado em Direito).

Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná *apud* MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais. São Paulo : Max Limonad, 2001;

GIOSTRI, Hildegard Taggessel. *O erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

HUMENHUK, Hewerston. O direito a saúde no Brasil e a teoria dos Direitos Fundamentais. Em www.jus.com.br/doutrina.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 20ª. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2001;

KFOURINETO, Miguel. *A responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRELL, Andréas J. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000;

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000;

LEONETTI, Carlos Araújo. *Natureza Vinculante das Normas Programáticas*. Dobrowolski, Sílvio (org.). *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis, Ed. Diploma Legal, 2000 ;

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Emergência dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais no Brasil* . Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. Disponível na internet em WWW.URL:<http://www.social.org.br/Relatorios/artigos%202000/direitos%20economicos.htm>. (Consultado na internet em 27/12/2002);

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social do Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo : Malheiros Editores, 1994;

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000;

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol..IV – Direitos Fundamentais, 3ª. Ed., Coimbra : Coimbra Editora, 2000;

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 1.º volume. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1991;

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 3068 p.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo, Max Limonad, 2001;

MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito à Saúde e Tutela Antecipada*. Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Disponível em na internet em WWW.URL:http://www.idisa.org.br/lista_tit_not.cfm?id_subass=195 (Consultado na internet em 30/12/2002);

MUYLAERT, Sérgio. *Direitos Fundamentais e Políticas Públicas: O Estado da Arte*. Rio de Janeiro : Pontifícia Universidade Católica. Disponível na internet via WWW.URL: http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev12_sergio.html (Consultado em 27/12/2002);

PEREZ, Marcos Augusto. *O Papel do Poder Judiciário na Efetividade dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Manesco, Ramirez, Perez, Azevedo, Marques Advocacia. Disponível na internet em WWW.URL:[http://www.manesco.com.br/artigos/ o papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais.doc](http://www.manesco.com.br/artigos/o_papel_do_poder_judiciario_na_efetividade_dos_direitos_fundamentais.doc) (Consultado em 23/01/2002);

PESSOA JORGE, Fernando de Sany Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 9-15 e 29-57

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

_____. *Direito civil*. 19. Volume 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1999;

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* . Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998;

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª. ed., 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998;

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 1992;

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2004

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão dos Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001;

STERN, Klaus. *O Juiz e a aplicação do Direito*. In : GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Rio de Janeiro : Malheiros Editores, 2001;

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *A superação da Doutrina Tripartite dos Poderes do Estado: A Função de Controle como Essencial*. In : BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo : Ed. Saraiva, 2000;

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro, Tributário*. Vol.III, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999;

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 133-163.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª. Ed, São Paulo : Malheiros Editores, 2000;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado*. RILEG, 1987, nº.96;

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

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.