INSTITUTO VALE DO CRICARÉ

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS PADRONIZADOS E NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

MARESSA PEDRA MACIEL

SÃO MATEUS ï ES

2013

MARESSA PEDRA MACIEL

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS PADRONIZADOS E NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação da Valquiria Antonieta de Souza Gagno Campagnaro.

SÃO MATEUS ï ES

MARESSA PEDRA MACIEL

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS PADRONIZADOS E NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

_____

PROF. SAMUEL DAVI G. MENDONÇA

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

_____

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

_____

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

São muitas coisas a serem agradecidas nestes cinco anos de curso.

Primeiramente elevo os meus olhos e agradeço a Deus, por tudo o que tem feito em minha vida, pelo seu amor incondicional por mim. Foi Ele que segurou em minha mão quando precisei, e nunca me abandonou. Nos momentos mais difíceis, aqueles em que pensamos desistir, Ele não me deixou. Houve dificuldades, o que sobreleva ainda mais a vitória.

Agradeço a toda minha família. Meu Pai por ter trabalhado tanto para me dar uma educação digna para ser uma pessoa de bem. Minha mãe e minha irmã por sempre estarem ao meu lado. Meu marido pela força que me dá a cada dia, sempre me incentivando a ser uma profissional melhor.

Por último e não menos importante, à minha professora Valquíria pelo seu apoio neste último e árduo trabalho de finalização de curso.

Obrigada meu Deus!

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”.

Rudolf Von Ihering.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....08

1 ï A RESPONSABILIDADE CIVIL.....09

1.1 – Espécie da Responsabilidade Civil.....16

1.1.1 – Responsabilidade Subjetiva e Objetiva 17

1.1.1.1 - O Superior Tribunal de Justiça.....18

1.1.1.2 – O Supremo Tribunal de Federal.....20

1.1.2 – Responsabilidade Contratual e Extracontratual 20

1.2 – Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil.....22

2 ï RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....26

3 ï RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....27

4 ï A TEORIA DO RISCO.....28

5 ï A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO 29

5.1 – A Responsabilidade Subjetiva do Agente.....31

6 ï AÇÃO DE REGRESSO.....31

7 ï DIREITO À SAÚDE.....33

8 ï DAS DEMANDAS JUDICIAIS.....37

9 ï OBJETIVOS E ATRIBUIÇÕES DO SUS.....44

10 ï DISPONIBILIZAÇÃO DE TODO E QUALQUER MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO.....45

10.1 – Medicamentos Prescritos Fora do Rol do Consenso.....47

10.2 – Requerimento de Antecipação de Tutela nas Ações Cíveis em Face do Ente Público.....50

11 ï DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA.....51

12 ï ACLASTA (EXEMPLO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO ROL DO CONSENSO).....57

13 ï A SAÚDE NO BRASIL.....58

14 ï CONCLUSÃO 60

15 ï REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 61

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem.

Nos últimos tempos, a tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Isso reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização.

Este estudo da Responsabilidade Civil do Estado perante os particulares, com o objetivo de clareia as hipóteses em que o ente público é chamado a reparar os danos que seus agentes provocarem a terceiros. Foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa qualitativa na elaboração deste trabalho, que chegou a conclusão de que toda vez que um terceiro for prejudicado pelo exercício da função estatal, este pode recorrer ao Poder Judiciário através das ações indenizatórias. Além disso, é garantido ao próprio ente estatal o direito de regresso em face do agente público causador do dano.

O presente estudo aborda principalmente no âmbito da saúde, que é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à vida, bem maior do ser humano, portanto o Estado tem o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício deste direito.

É um dos direitos fundamentais cujo reconhecimento a nível de norma positivada nem sempre se faz e a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a positivar o direito a saúde como direito fundamental, sendo que a Organização Mundial de Saúde (OMS) já havia declarado, antes do advento da CR/88, que o direito à saúde é um direito fundamental.

Objetivamente aborda-se a distribuição de todo e qualquer medicamento padronizado ou não pelo Sistema Único de Saúde, não se podendo admitir a limitação do fornecimento dos medicamentos ao rol constante do Consenso, porquanto cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa decisão médica, ou seja, com as condições existentes no momento de seu tratamento.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Atualmente o instituto da Responsabilidade Civil vive em mudanças constantes, tornando-se flexível e dinâmico, garantindo que nenhuma vítima fique sem reparação. Constantemente ela se renova de modo que, a cada momento, surgem novas teses jurídicas a fim de atender às necessidades sociais emergentes.

Conceitua-se este instituto como a obrigação de indenização de vítima em caso de fato ou omissão que causou danos. A tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. Para De Plácido e Silva, este termo define-se como:

> "Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção" (SILVA, 2010, p. 642).

Apesar desta ideia de obrigação, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário. Todavia, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro, como se pode demonstrar na jurisprudência abaixo:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇO. SUBORDINAÇAO JURÍDICA DO PRESTADOR. NECESSIDADE. TERCEIRIZAÇAO. REQUISITOS. 1. O tomador de serviço somente será objetivamente responsável pela reparação civil dos ilícitos praticados pelo prestador nas hipóteses em que estabelecer com este uma relação de subordinação da qual derive um vínculo de preposição. 2. A terceirização pressupõe a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ausentes a pessoalidade e a subordinação jurídica. 3. Na terceirização de serviços, os empregados da terceirizada não devem estar sujeitos ao poder de direção da terceirizante, sendo possível entrever, na perspectiva do tomador do serviço, a incompatibilidade entre terceirização e preposição, isto é, quem terceiriza não pode manter os funcionários da terceirizada sob sua subordinação jurídica. 4. A subordinação jurídica se dá

sempre frente à empresa prestadora do serviço, responsável pela admissão, demissão, transferência e comando de seus empregados. A subordinação técnica, por sua vez, pode ocorrer também frente ao tomador do serviço, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ REsp nº

RJ 3ª Turma Rel. Min. Nancy Andrighi DJ 15.12.2010)
ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a) Relator (a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento).

Ministra Nancy Andrighi Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por VILMA FELICIANO TIAGO e AIDA CRISTINA TIAGO DA SILVA, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: de indenização por danos materiais e morais, ajuizada JAIR VIEIRA DA SILVA em desfavor de ENESA ENGENHARIA S.A. e RELEVO TRANSPORTES LOCAÇAO E SERVIÇOS LTDA., em virtude de acidente de trânsito. Consoante se depreende dos autos, a ENSEA contratou a RELEVO para o transporte de seus funcionários. Em 15.02.2004, durante a prestação do serviço, a tampa do bagageiro do ônibus da RELEVO se abriu e atingiu JAIR, que caminhava pelo acostamento. Em virtude do falecimento de JAIR, deferiu-se o ingresso nos autos de VILMA FELICIANO TIAGO e AIDA CRISTINA TIAGO DA SILVA, esposa e filha, respectivamente, do de cujus.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar as recorridas solidariamente ao pagamento de indenização correspondente a R$24.990,00, abrangendo danos morais, materiais e estéticos (fls. 364/366, e-STJ).

Acórdão: o TJ/RJ deu provimento ao apelo da ENESA, parcial provimento ao apelo das recorrentes e negou provimento ao apelo da RELEVO, nos termos do acórdão (fls. 475/481, e-STJ) assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE. Legitimidade passiva. Matéria concernente ao mérito. Abertura de tampa de bagageiro de veículo de propriedade da segunda apelante quando em movimento, que vem a atingir transeunte. Comprovação da dinâmica narrada pela prova testemunha. Culpa in re ipsa. Exclusão da primeira apelante da condenação. Relação de preposição entre as demandadas não configurada. Contrato de prestação de serviço. Atividade desempenhada de forma autônoma pela segunda recorrente. Dano moral. Critérios de fixação. Verba compensatória insuficiente. Sua majoração. Juros moratórios. Incidência do verbete nº 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Correção monetária da condenação pelo dano moral e estético iniciada do julgado que a fixar. Pensionamento. Correção a partir de cada vencimento.

Embargos de declaração: interpostos pelas recorrentes e pela RELEVO, foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 496/497, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 535, II, do CPC; e 932, III e 933 do CC/02, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 500/514, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RJ admitiu o recurso especial (fl. 552, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar se há relação de preposição a justificar que empresa contratante de serviço de transporte de seus funcionários responda de forma solidária por acidente de trânsito causado pela prestadora durante a consecução do serviço e no qual foi vítima um terceiro.

I. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação do art. 535, II, do CPC.

Da análise do acórdão recorrido, constata-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício que pudesse ter sido sanado pela via dos embargos de declaração. O TJ/RJ se pronunciou de maneira a discutir todos os aspectos fundamentais do

julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica em obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

Por outro lado, é pacífico o entendimento no STJ de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no Ag 680.045/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 03.10.2005; EDcl no AgRg no REsp 647.747/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 09.05.2005; EDcl no MS 11.038/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.02.2007.

Constata-se, na realidade, o inconformismo das recorrentes e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no contexto do mencionado recurso.

Dessa forma, é correta a rejeição dos embargos de declaração, posto inexistir vício a ser sanado e, por conseguinte, violação do art. 535 do CPC. II. Da responsabilidade da ENESA. Violação dos arts. 932, III, e 933 do CC/02.

Alegam as recorrentes que o acidente ocorreu quando a segunda Ré [RELEVO] prestava serviço para a primeira [ENESA], sendo evidente a relação de preposição (fl. 507 e-STJ).

Da interpretação conjugada dos arts. 932, III, e 933 do CC/02, extrai-se que o empregador responde objetivamente pelos atos praticados por seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Cumpre averiguar, portanto, se há na espécie relação de emprego ou preposição capaz de justificar a responsabilização solidária da ENESA.

Afasta-se, de plano, a existência de relação de emprego, pois, conforme esclarece o TJ/RJ, os empregados [da ENESA] eram transportados pelo

veículo da RELEVO quando ocorreu o acidente, em virtude de contrato de prestação de serviço celebrado entre as partes (fl. 479 e-STJ).

Assim, resta apenas verificar se, do contrato entabulado entre ENESA e RELEVO, derivou uma relação de preposição a partir da qual seja possível estender àquela empresa a responsabilidade pelo acidente em questão.

Na lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, a preposição tem por essência a subordinação (Comentários ao código civil. vol. XIII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 242).

Com efeito, preposto é aquele que presta serviço ou desempenha atividade por conta e sob a direção de outrem, estabelecendo-se uma relação de dependência hierárquica do preponente frente ao preposto, em que este recebe ordens daquele.

Arnoldo Wald observa que a preposição deve ser entendida como uma relação funcional (Obrigações e contratos. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380), ou seja, considera-se preposto todo aquele que executa atos materiais sob um comando alheio, sem qualquer autonomia nas atividades que lhe são confiadas.

Nesse contexto, conclui-se que o tomador de serviço somente será objetivamente responsável pela reparação civil dos ilícitos praticados pelo prestador nas hipóteses em que estabelecer com este uma relação de subordinação, nos limites acima delineados. A esse respeito, Antonio Chaves anota que essa modalidade de responsabilidade complexa não compreende todas as categorias de prestação de serviço, mas unicamente as que se caracterizam pelo vínculo de preposição (Tratado de direito civil. vol. III. São Paulo: RT, 1985, p. 97).

Note-se, por oportuno, que nada impede a existência de relação de preposição entre pessoas jurídicas ou entre empregado de empresa prestadora de serviço e a empresa tomadora, podendo-se falar, nas situações em que se confirmar o referido vínculo, em responsabilidade civil do preponente por fato do preposto.

A despeito disso, na hipótese específica dos autos, examinando a relação contratual entre ENESA e RELEVO, o TJ/RJ afirma que inexiste subordinação entre as partes e os riscos inerentes à atividade desempenhada são inteiramente arcados pela segunda apelante [RELEVO], que a exerce de forma própria e autônoma (fl. 480).

Dessa forma, a partir do panorama fático traçado pelo Tribunal Estadual, fica evidente que não havia relação de preposição entre as empresas, tampouco entre o motorista do ônibus e a ENESA, na medida em que inexistia ingerência desta sobre o serviço prestado, sendo certo que qualquer conclusão em sentido contrário exigiria o revolvimento do substrato probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 07/STJ.

Operou-se, na realidade, efetiva terceirização que, como anota Rubens Ferreira de Castro, constitui uma técnica de administração de empresas tendente ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal (A terceirização do direito do trabalho. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79).

Nesse aspecto, de acordo com o item III da Súmula 331/TST, não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação (...) de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Portanto, na chamada terceirização legal, a contratação de serviços especializados deve guardar correspondência com atividades-meio do tomador, jamais se confundindo com atividades-fim do empreendimento.

Ademais, para o tomador pouco importa quem está realizando o serviço. Impera a impessoalidade, interessando apenas que a prestadora designe pessoa capacitada para o desempenho da função terceirizada.

Finalmente, quanto à subordinação, os empregados da terceirizada não devem estar sujeitos ao poder de direção da terceirizante.

Nesse sentido, é possível entrever, na perspectiva do tomador do serviço, a incompatibilidade entre terceirização e preposição, isto é, quem terceiriza não pode manter os funcionários da terceirizada sob seu comando hierárquico. Vale destacar, no entanto, a distinção feita por Sérgio Pinto Martins, entre subordinação jurídica e técnica, esclarecendo que a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado (A terceirização e o direito do trabalho, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 159).

No caso da ENESA, não se vislumbra irregularidade na terceirização do transporte de funcionários, por não se tratar da sua atividade-fim, bem como porque, a partir do que se depreende do acórdão recorrido, eventual subordinação do motorista frente à ENESA se é que existia era eminentemente técnica, o que, como visto, não gera relação de preposição, tampouco descaracteriza a terceirização.

No que tange aos precedentes alçados a paradigma pelas recorrentes, não se verifica a indispensável similitude com os fatos objeto deste processo. Nos REsp 304.673/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 11.03.2002; e 45.194/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 06.05.1996, houve o reconhecimento da relação de preposição, circunstância afastada pelo TJ/RJ.

Além disso, os acidentes que deram origem aos dissídios envolveram os próprios funcionários da empresa preponente e não um terceiro, como ocorre na espécie. Naqueles processos, portanto, levou-se em consideração o dever da empresa de zelar pelo bem-estar e pela segurança de seus empregados, obrigação que decorre da própria relação de trabalho. Em outras palavras, nos paradigmas estava-se diante de responsabilidade civil contratual, do que não se cogita nestes autos.

No particular poder-se-ia falar, eventualmente, em responsabilidade subjetiva da ENESA pela má escolha da empresa prestadora do serviço de transporte. Aliás, as próprias recorrentes, já em sede de recurso especial, inauguram essa tese, aduzindo que, no caso vertente, estaríamos, no mínimo diante da culpa in eligendo da primeira Ré [ENESA] (fl. 508, e-STJ).

Todavia, a alegação não está contida na petição inicial, cuja causa de pedir fundou-se unicamente na responsabilidade objetiva da ENESA por conta da sua suposta relação de preposição com a RELEVO.

Diante disso, toda a discussão travada nestes autos gravitou em torno da existência ou não do mencionado vínculo de preposição, inexistindo qualquer apuração, especialmente na fase instrutória, quanto à eventual culpa in eligendo da ENESA, de modo que não seria razoável, neste momento, mudar o rumo do processo e perquirir sobre possível responsabilidade subjetiva da empresa, sob pena de grave violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Tanto é assim que o recurso especial vem calcado unicamente na violação dos arts. 932, III, e 933 do CC/02, atinentes à responsabilidade objetiva por

> fato de terceiro, não havendo alegação de ofensa aos arts. 186 e 927 do CC/02, que dariam margem à responsabilização subjetiva da ENESA.
>
> Consoante já decidiu esta Corte, os fatos alegados após a prolação da sentença, que configurem alteração no pedido ou na causa de pedir, não podem ser conhecidos pela instância recursal, por não terem sido submetidos ao crivo do contraditório e por impossibilitarem o exercício da ampla defesa pela parte adversa (AgRg no Ag 1.047.420/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 17.11.2009. No mesmo sentido: RMS 23.975/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 03.09.2008; e EREsp 674.215/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, DJe de 04.11.2008).
>
> Em suma, ausente qualquer relação de emprego ou preposição entre a ENESA e a RELEVO ou funcionários desta, afigura-se correta a decisao do TJ/RJ que afastou a responsabilidade objetiva da ENESA pelo acidente em questão, inexistindo a alegada violação dos arts. 932, III, e 933 do CC/02.
>
> Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

Historicamente, a responsabilidade em reparar o dano injustamente causado sempre existiu, por ser próprio da natureza humanística. A diferença foi que ao longo do tempo as formas da reparação foram evoluindo.

Um clássico exemplo deste instituto foi a Lei de Talião que traz o princípio “Olho por olho, e dente por dente”. Com o passar do tempo à aplicação desta pena, entretanto, passou a ser marcada pela intervenção do poder público (Estado), que poderia permiti-la ou proibi-la. Após, surgiu a Lei das XII Tábuas onde a própria lei determinava o *quantum* para a indenização, regulando o caso concreto.

A maior evolução do instituto ocorreu com o surgimento da *Lex Aquilia*, que originou a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, que é também chamada de Responsabilidade Aquiliana destacando-se por trazer a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado. No Código Civil de Napoleão, a culpa foi inserida como pressuposto da Responsabilidade Civil Aquiliana, influenciando diversas legislações, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.

1.1 Espécies da Responsabilidade Civil

Costuma ser classificada pela doutrina: em razão da culpa e quanto à natureza jurídica da norma violada. Quanto ao primeiro critério, a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em razão do segundo critério ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual.

1.1.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Primeiramente, a Responsabilidade Subjetiva é aquela causada pela conduta culposa *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. Todavia, a culpa (*stricto sensu*) caracteriza-se apenas quando o agente causador do dano, praticar o ato com negligencia ou imprudência. O dolo, contudo, é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Em um determinado momento da história a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente para a resolução de todos os conflitos. Porém, com o transcorrer do tempo, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência dos Tribunais passaram a entender que, baseado na culpa não era suficiente para a solução todos os casos existentes. O referido declínio da responsabilidade civil subjetiva se deu principalmente em pelo fato da evolução da sociedade industrial (I e II Revolução Industrial) e com o consequente aumento de acidentes de trabalho.

Dessa forma, com o advento dos eventos acima citados, surge a denominada responsabilidade civil objetiva, que prescinde da culpa, sendo a Teoria do Risco é o fundamento dessa espécie de responsabilidade.

O Código Civil de 2002 ajustou-se a evolução da responsabilidade civil, e não abandonou por completo a responsabilidade subjetiva, inovando apenas ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927.

> “Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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”.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor e a do fabricante, desconsiderando o elemento culpa, conforme o constante nos artigos 12 e 14 abaixo transcritos:

> ñ**Art. 12**. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> "**Art. 14**. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."

1.1.1.1. O Superior Tribunal de Justiça

Embora a questão, por se tratar de tema constitucional, seja de competência ulterior do Supremo Tribunal Federal, não se pode furtar das decisões exaradas pelo STJ sobre o tema acima.

Atualmente tem se dado preferência à aplicação da teoria subjetiva, em casos de omissão. Em julgado no REsp 721.439 pela Segunda Turma, optou-se pela incidência da teoria subjetiva, sob a argumentação de que a ausência de serviço, o não agir, a omissão, só pode ser imputada ao Estado se comprovada sua culpa, ante a falha na prestação de serviço.

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO – QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e 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, ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto. 4. Recurso especial improvido (STJ, REsp 721.439, 21.08.07).

Pode-se extrair que "Se é verdade a afirmação, a consequência inarredável é de que, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre

o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação estatal ilícita rende ensejo à indenização. Se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade".

Neste mesmo sentido, destaca-se os seguintes julgados: REsp 438.831/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, segunda turma, julgado em 27.06.06, DJ 02.08.06 p. 237, REsp 738.833 – RJ (2005/0050493-9), Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.08.06, REsp 418713/SP, unânime, julgado 20/5/2003, DJ 8/9/2003 e REsp 148641/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, julgado 21/6/2001, DJ 22.10.01.

Contrário senso, aquela Corte responsabilizou objetivamente o Estado, sob o argumento de que a partir da CR/46, por força de construção doutrinária e jurisprudencial, rege-se o ordenamento jurídico brasileiro pela responsabilidade objetiva do Poder Público, adotando-se a teoria do risco administrativo (e não a teoria do risco integral), fundada na ideia de solidariedade social, ou seja, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos. Nesse campo, não se deve confundir responsabilidade civil objetiva com responsabilidade civil absoluta. Aquela, como se sabe, depende da presença dos seguintes elementos: a) dano; b) conduta administrativa; c) nexo causal, ou seja, relação imediata de causa e efeito. (STJ, REsp 963.353/PR, 20.08.09).

Neste mesmo julgamento, foi à decisão exarada em Recurso Especial de relatoria da Min. Eliana Calmon, *in verbis*:

> 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 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 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. (STJ, REsp 602102/RS, 21.02.05,).

Da leitura dos votos acima, observa-se que o fundamento motivador da responsabilização objetiva do Estado é a perquirição quanto ao dever de agir do Estado, denominada por Sérgio Cavalieri de omissão específica, já mencionada.

1.1.1.2. O Supremo Tribunal Federal

Em razão da recente publicação da Constituição Federal de 1988, ater-se às decisões posteriores à sua edição, já que a grande celeuma quanto à aplicação destas duas teorias surgiu justamente após sua edição. Tendo por base a pesquisa realizada por Helena Elias Pinto (PINTO, Helena Elias, 2008. p.161), no ano base de 2008, pode-se afirmar que em apenas 11(onze) casos houveram a adoção da responsabilidade subjetiva, quais sejam: RE 115766-6/SP; RE163147-3/SP; RE170014-9/SP; RE179147-1/SP; RE 184118-4/RS; RE 369820-6/RS; RE 372472-0/RN; RE 382054-1/RJ; AgR 489254-2/RS e AgR 512689-4/AC)

Em contrapartida 15 (quinze) em que se adotou a responsabilidade objetiva, que seguem: RE 130764-1/PR; RE 109615-2/RJ; AgR190772-0/RJ; RE 209137-5/RJ; RE 176564-0/SP; RE180602-8/SP; RE 188093-7/RS; RE 220999-7/PE; RE 136247-2/RJ; RE 215981-6/RJ; RE 283989-2/PR; RE 238453-6/SC; AgR 363999-4/RJ; RE 286444-7/RN; RE 313915-1/RN; RE 272839-0/MT).

Pode-se concluir, por estes fatos, uma propensão à incidência da responsabilidade objetiva do Estado em casos omissivos, além da leve preponderância de sua aplicação (15 casos de responsabilidade objetiva contra 11 de responsabilidade subjetiva).

Não se olvide das decisões acima mencionadas, que decidiram pela responsabilidade objetiva do Estado em casos envolvendo o direito constitucional à saúde.

1.1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Outro modo de classificação da Responsabilidade Civil é de acordo com a natureza do dever jurídico violado pelo causador do dano, em Contratual ou Extracontratual.

Na Contratual o dano se configura com a celebração ou execução de um contrato ou de um negócio jurídico unilateral, ou seja, se duas ou mais pessoas celebram contrato, automaticamente convencionam-se a cumprir obrigações.

Abaixo segue REsp 1078057 MG o qual relata exatamente acerca da responsabilidade contratual.

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ARTIGO 131 do CC
>
> 1. O sistema processual civil abraça o princípio do livre convencimento motivado, que, inclusive está positivado no artigo 131, impondo ao julgador a indicação dos motivos de suas conclusões. Na hipótese em que a ação proposta tem sustentação na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito, mormente quando outras provas não existem nos autos.
>
> 2. A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional.
>
> 3. Recurso especial provido

Todavia, na responsabilidade extracontratual originam-se os deveres através de leis (ordenamento jurídico), sendo que o dever jurídico não está previsto em contrato sem existir qualquer relação jurídica anterior entre lesante e vítima. Ela visa à reparação de dano decorrente de violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS – retrata acerca da responsabilização extracontratual.

> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS
> Apelação Cível nº 70032865651
>
> Publicado em 29.04.2010
>
> GRS Nº 70032865651 2009/Cível
>
> APELAÇÕES CÍVEIS. Responsabilidade civil extracontratual. INDENIZAÇÃO. Fraude. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. ônus da prova. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Juros moratórios contados a partir do evento danoso, conforme súmula 54/stj.

> É de responsabilidade do réu a verificação da veracidade dos dados e documentos pessoais apresentados pelos interessados em obter empréstimos ou cartão de crédito, no momento da formatura do contrato.
>
> Constatado nos autos que a parte autora não firmou qualquer relação contratual com o réu, eis que ausente prova do pacto firmado entre as partes, ônus do qual incumbia a este, descaracterizou-se a existência de dívida, não podendo, assim, ser realizada cobrança, tampouco a inscrição do nome do demandante nos cadastros de restrição ao crédito. A consequência de tal conduta gera lesão moral indenizável.

Mostra-se então que as duas formas de responsabilidade acima citadas dão ensejo à obrigação de reparação de dano.

1.2 Pressupostos gerais da Responsabilidade Civil

Segundo o Código Civil Brasileiro em seu artigo 186, define-se como ato ilícito:

> "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Analisando o artigo acima, pode-se constatar a presença dos elementos da responsabilidade civil, os quais são: a conduta culposa do agente, o nexo causal, dano e culpa. Para que surja o dever de indenizar, se faz necessário que: Primeiramente, que haja um fato (uma ação ou omissão humana), que seja antijurídico, ou seja, que não seja permitido pela lei, em si mesmo ou nas suas consequências. Segundo, que o fato a ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa, ou por ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela. Terceiro, que tenham ocorrido danos. E por último, que os danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por este.

A conduta (humana) é considerada o elemento primário de todo ato ilícitoque se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

Detalha Maria Helena Diniz que a conduta define-se como:

> "A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou licito, voluntario 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." (DINIZ, 2005, p. 43).

Conforme entendimento acima, a responsabilidade que decorre do ato ilícito baseia-se na culpa, enquanto a responsabilidade sem a culpa baseia-se no risco. Já o ato comissivo é aquele que não deveria, enquanto a omissão é a não observância de um dever.

Outro requisito essencial é o Dano, não seria possível a existência da indenização, nem em ressarcimento se o mesmo não existisse.

Conforme o doutrinador de Sergio Cavalieri:

> "O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

Maria Helena Diniz relata que:

> "O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral" (DINIZ, 2006).

Para que o dano seja indenizável se faz necessária à existência de requisitos, os quais são a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Assim, o dano pode ser dividido em patrimonial e extrapatrimonial. O primeiro é conhecido como material (aquele que causa destruição ou diminuição de um bem de valor econômico). Já o segundo chamado de moral (aquele que está afeto a um bem que não tem caráter econômico não é mensurável e não pode retornar

ao estado anterior), sendo assim, inerentes aos direitos da personalidade (direito a vida a integridade moral, física, ou psíquica), possuindo valor imensurável, e de difícil valoração a sua reparação.

O Nexo de Causalidade é mais um requisito que compõe da Responsabilidade Civil,definindo-se como a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, mas é imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre ele e vítima uma necessária relação de causa e efeito.

Algumas teorias surgiram para tentar explicar o nexo de causalidade, citam-se as três principais, quais sejam: da causalidade adequada; teoria dos danos diretos e imediatos e a teoria da equivalência dos antecedentes.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes, também chamada de teoria da equivalência das condições, ou ainda, *conditio sinequa non*, considera que toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para a produção do dano é considerada como causa. Segundo a doutrina majoritária, esta é a teoria adotada pelo código penal brasileiro, conforme análise do art. 13 do Código Penal, que estabelece:

> "**Art. 13**. O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável, a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Na Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, também chamada de Teoria da Interrupção do Nexo Causal, a causa pode ser classificada apenas como antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse último como uma consequência sua, direta e imediata.

Já a Teoria da Causalidade Adequada pode ser considerada como a menos extrema, por aparecer como lógica do razoável. Em síntese, ela diz que haverá nexo causal quando, pela ordem natural das circunstâncias, a conduta do agente poderia adequadamente produzir o nexo causal, ou seja, quando várias condições concorrerem para a ocorrência de um mesmo resultado, a causa será a condição mais determinante para a produção do efeito danoso, desconsiderando-se as demais.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves defende que a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade direta ou imediata, se amparando no artigo 403 do Código Civil, o qual estabelece:

> "**Art. 403.** Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual".

> "Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das varias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária" (GONÇALVES, 2002, p. 524).

Mas segundo Sergio Cavalieri, embora a literalidade deste artigo induza ao entendimento de que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a do dano direto e imediato, a prática demonstra que é prevalecente a aplicação da Teoria da Causalidade Adequada, até porque há a possibilidade na legislação vigente, da responsabilização por danos indiretos.

Dessa forma, independente da teoria que se adota na questão, apenas caberá ao Juiz, na análise do caso concreto e as provas, interpretação das mesmas como um conjunto, e estabelecer se houve violação de um direito, cujo resultado seja danoso, e se existe, ainda, um nexo causal entre esse agente e o dano verificado.

O elemento Culpa, também faz parte da Responsabilidade Civil, porém não está expresso, nem conceituado em lei. O que se detém é apenas regrado no art. 186 do Código Civil Brasileiro acerca do ato ilícito, quando estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo, estando presente a culpa *lato sensu*, que abrande tanto a dolo quanto a culpa em sentido estrito.

> ñ**Art. 186**. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Pode-se entender que o dolo é a conduta intencional, que o agente atua conscientemente desejando que ocorra o resultado antijurídico ou assuma o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar, ou seja, o agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir com a inobservância do dever de cuidado atuando assim, com a Imprudência, Negligência ou Imperícia.

No âmbito da Responsabilidade Civil, a distinção entre dolo e culpa não ganha tanto valor já que o objetivo é indenizar a vítima e não punir o agente culpado, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente.

No art. 994 do Código Civil Brasileiro, trouxe uma grande inovação, tornando possível o juiz graduar a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa, apesar de não ser a regra geral.

> ñArt. 994. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado foi incumbido a uma série de obrigações, e para cumpri-las, ele foi dotado de uma vasta série de "poderes-deveres", sendo ele figura ímpar no ordenamento jurídico.

Por se tratar de uma pessoa jurídica de direito público, a responsabilidade civil estatal, difere do modelo de responsabilidade civil cabível a qualquer outro ente jurídico. Ela se estende cada vez mais, nos mais diversos campos de atuação em que sua presença se faz necessária, sendo que, os serviços prestados pelo Estado, que visam à materialização dos direitos positivados na Constituição, têm como destinatário o cidadão.

Na "era" absolutista, que só veio a ser extinta no século passado, desaparecendo em 1946 nos Estados Unidos e em 1947 na Inglaterra, não havia qualquer cogitação ao termo responsabilidade estatal, pelo contrário, o Estado não possuía responsabilidade alguma, estando à figura do ente público ligado ao rei, e o poder dele emanava, em última análise, de Deus. Assim nasceu a regra inglesa da Infalibilidade Real *ñthe king can do no wrongò*, partindo-se da irresponsabilidade para a responsabilidade subjetiva, até a responsabilidade objetiva, assim, o Estado estava muito ligado à pessoa do rei, que era entronado, em última instância, por Deus.

Ocorre que apesar desta "irresponsabilidade estatal", as pessoas não estavam totalmente desamparadas. Existia a possibilidade da responsabilidade do funcionário, ou seja, situações em que o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal deste.

Manoel Bandeira de Mello retrata a responsabilidade do funcionário como *ñoperatividadeò* da solução, que se apresentava bastante difícil:

> *ñÉ bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder,*

> *era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma ógarantia administrativa dos funcionários.ô*

No século XIX passou-se a admitir a responsabilidade subjetiva do Estado (depende da culpa do agente, sem a qual, mesmo que haja um ato ilícito e dano, não há que se falar em responsabilidade), Entretanto, tendo em vista a grande dificuldade que um simples cidadão ter que produzir provas contra ao grande aparelhamento estatal que protegia a administração pública e seus agentes, é que a responsabilização subjetiva do Estado se mostrou inócua, surgindo assim, uma nova teoria da "falta do serviço".

Segundo Bandeira de Mello há *ña culpa do serviçoòou ñfalta do serviçoò*

> *ñquando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasadoò(...) ña ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estadoò*

Após, surgiu-se a Responsabilidade Objetiva Estatal, equilibrando a relação entre o Estado, com todos os seus privilégios e poderes, e seus cidadãos que evidentemente encontram-se em estado de hipossuficiência na relação jurídica. Conforme já mencionado, a responsabilidade objetiva, não é necessária a comprovação da culpa, bastando o ato ilícito, o dano e obviamente o nexo causal entre estes para a configuração da responsabilidade.

3. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição Brasileira que adotou a responsabilidade objetiva foi a do ano de 1946, no art. 194. Logo após, foi adotada na Constituição de 1967, no art. 105 e sua emenda n° 01. Para Bandeira de Mello, estes dispositivos *ñequivalem ao atual art. 37, § 6ºò*

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 positiva:

> *ñAs 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.ò*

O trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº. 109.615, ilustra com clareza os institutos deste artigo:

> "A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. 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 *eventusdamni*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 condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal."

Assim, a atual Constituição deixa claro que não se limita a imputar ao Estado a responsabilidade civil de forma objetiva, mas também imputa aos agentes estatais a responsabilidade civil na forma subjetiva, nos casos em que forem pertinentes.

4. A TEORIA DO RISCO

A solução encontrada pelo legislador brasileiro em resposta as falhas da teoria da culpabilidade foi à teoria do risco e era ineficaz no que tange a produção de prova por parte da vítima.

A base desta teoria é o dever genérico de não prejudicar, do qual estão imbuídos todos os cidadãos, ou seja, tem fulcro na responsabilidade social que advêm da atividade exercida. Assim toda pessoa que, além de obter proveito, normalmente financeiro, de sua atividade, cria risco de dano a terceiros tem o dever de reparação.

Segundo Venosa, o sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona.

> *ñA insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona.ò*

A Teoria do Risco, embora semelhante, não se pode confundir com a responsabilidade objetiva, pois ela se baseia na ideia de que um indivíduo ou um grupo de indivíduos não devem suportar os danos advindos de uma atividade em que outrem tira proveito, enquanto a responsabilidade objetiva tem fulcro na hipossuficiência da parte lesada.

5. A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria do risco administrativo segue a lógica da teoria do risco. Preceitua que não deve um particular suportar o dano advindo de uma atividade que, em tese, se reverte em benefícios a toda coletividade.

A partir dela é que se chega à responsabilidade objetiva do Estado. Nesta teoria, afasta-se a necessidade de comprovação de culpa por parte do agente, no presente caso do agente estatal, considerando-se a hipossuficiência do administrado no que tange sua capacidade probatória bem como a regularidade dos serviços prestados pelo Estado e o proveito social inerente a esses serviços. Desta forma a questão se desloca para a investigação da causalidade referente ao evento danoso, sem perder de vista a regularidade da atividade pública, a anormalidade da conduta do ofendido, o eventual caso fortuito do acontecimento.

Para compreender o instituto da responsabilidade objetiva do Estado, é necessário analisar a relação jurídica entre Estado e administrado (cidadão) sob a ótica deste último. Frente ao aparato que possui o Estado para organizar a vida em sociedade e administrar os serviços que deve prestar ao cidadão, este se encontra em flagrante hipossuficiência, ou seja, não tem condições, em um estado de igualdade formal, de concorrer juridicamente com o Estado.

Em razão ao Princípio da Isonomia, (tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais na medida de sua desigualdade), o instituto em tela vem para equilibrar a relação entre Estado e administrado, tendo em vista que afasta-se a necessidade de prova da culpa, esta a maior dificuldade encontrada pelo cidadão comum em uma relação jurídica.

A responsabilidade objetiva do Estado busca a distribuição equânime do ônus das atividades estatais, tendo em vista que o bônus das referidas atividades, em tese, é aproveitado pela sociedade de forma geral. Na ilustração de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *ñna hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público ï mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividade desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.ò*

Conforme a primeira parte do §6º do artigo 37 da Constituição Federal há uma densificação da garantia de indenização frente a lesões causadas por agentes estatais ao cidadão:

> "*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 terceirosò*

Dessa forma, se torna claro que o legislador fez opção pela responsabilidade objetiva do Estado sem necessidade de demonstração de culpa, uma vez o texto constitucional não faz qualquer menção a esta.

Na segunda parte do artigo acima citado, há uma dupla garantia:

> *ñassegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpaò*

O direito de regresso é assegurado em favor do Estado, também ficando garantido ao agente estatal a possibilidade de ser processado pelo Estado, uma vez que a responsabilidade de indenização do administrado cabe ao próprio Estado. Tal interpretação já é pacífica do Supremo Tribunal Federal.

> "O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular." (RE 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 08/09/06)

5.1 A Responsabilidade Subjetiva do Agente

Quanto à responsabilidade subjetiva do agente, ressalta-se o pensamento do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello:

> *ñmão se biparte Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.***ò**

A responsabilidade subjetiva do agente baseia-se na culpabilidade, ou seja, no caráter subjetivo da conduta. Destarte, para que possa o agente ser responsabilizado por sua conduta, deve restar comprovado que este agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

O Estado deve suportar os danos advindos de suas atividades, de modo que sua relação com os administrados se torne isonômica. Já a relação do Estado com seu agente, possui um caráter interno, de forma que não se esgota no simples cunho patrimonial. Nesta relação também deve ser observado o cunho educacional, motivo pelo qual a responsabilidade do agente é subjetiva, devendo-se sempre averiguar a existência de culpa.

6. AÇÃO DE REGRESSO

A ação de regresso do Estado contra seu agente é uma garantia constitucional, conforme se extrai da segunda parte do §6º do artigo 37:

> "*assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*ò

Este dispositivo não visa garantir tão somente o Estado, mas também o agente estatal.

Para o Estado, o direito esta ação possui o caráter de proteção patrimonial, ou seja, nos casos cabíveis pode-se buscar no patrimônio do próprio agente para a reposição das perdas ocasionadas pela indenização paga ao cidadão/administrado em virtude da responsabilidade do Estado.

O direito à ação de regresso possui um cunho educativo. Sendo que, só tem direito a tal ação nas situações em que seu agente atua com dolo ou culpa. A ação de regresso é uma forma que o Estado possui, em tese, para educar seu agente de forma a não mais cometer tais erros.

Ocorre que raramente o Estado efetivamente exercita seu direito de regresso contra seus próprios agentes. Os principais motivos dessa inércia são analisados por Bandeira de Mello:

> ñO *Poder Público dificilmente moverá a ação regressiva, como, aliás, os fatos o comprovam de sobejo. Tirante casos de regresso contra motoristas de veículos oficiais* ï *praticamente os únicos fustigados por esta via de retorno* ï *não se vê o Estado regredir contra funcionários. Diversas razões concorrem para isto. De fora parte o sentimento de classe ou de solidariedade com o subalterno (já de si conducente a uma contenção estatal da matéria), assaz de vezes o funcionário causador do dano age incorretamente com respaldo do superior, quando não em conluio com ele ou, pelo menos, sob sua complacência.*ò
>
> ñ*ao ser acionado, o Estado sistematicamente se defende - e é esta mesma sua natural defesa* ï *alegando não ter existido a causalidade invocada e haver sido absolutamente regular a conduta increpada, por isenta de qualquer falha, imperfeição ou culpa. Diante disto, é evidente que, ao depois, em eventual ação de regresso, enfrentará situação profundamente constrangedora e carente de qualquer credibilidade, pois terá de desdizer-*

> *se às completas, de renegar tudo o que dantes disse e proclamar exatamente o oposto do que afincadamente alegaram.**ò***

Desta forma, o importante e relevante instituto da ação de regresso, seja por desvios de conduta, ou por questões de lógica processual, acaba por cair em desuso, prejudicando não apenas o Estado como pessoa jurídica, mas a qualidade da prestação do serviço público.

7. DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à vida, bem maior do ser humano, portanto o Estado tem o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício deste direito.

É um dos direitos fundamentais cujo reconhecimento a nível de norma positivada nem sempre se faz e a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a positivar o direito a saúde como direito fundamental, sendo que a Organização Mundial de Saúde (OMS) já havia declarado, antes do advento da CR/88, que o direito à saúde é um direito fundamental.

Conforme o art. 196 da CR/88 preceitua que:

> "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação."

Tal direito está previsto no art. 6º da Constituição Federal, de forma genérica, onde estão descritos os direitos sociais do cidadão, estando este artigo inserto no Titulo II do Capítulo II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem. Portanto, todo e qualquer direito social é também direito fundamental do homem, devendo aplicar-se de imediato, por aplicação do parágrafo 1º do art. 5º da Carta Magna.

> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O insigne Mestre Alexandre de Moraes, em sua magistral obra "Direito Constitucional", leciona:

> "[...] sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CR/88, art. 197)."

Mais adiante prossegue o culto doutrinador:

> "[...] O art. 198 da Constituição Federal estabelece que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos:
>
> - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
>
> - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;"

Foi por meio desses ideais de proteção e garantias e, para dar efetividade aos princípios fundamentais insculpidos na Lei Maior referentes à saúde, à dignidade da pessoa humana e ao próprio direito à vida, que o legislador constituinte erigiu as ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197, CR/88).

No Brasil este direito é um direito subjetivo do cidadão, que poderia exigir da União Federal, Estados e Municípios, solidariamente, por meio de uma ação judicial, o fornecimento de um determinado tratamento médico, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia ou mesmo o fornecimento de um medicamento ou qualquer outro meio para proteger a sua saúde.

As jurisprudências dos Tribunais Superiores quanto dos tribunais estaduais tem se manifestado no sentido de que o Direito à Saúde é um direito subjetivo do cidadão, *in verbis*:

> "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. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito Público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico

constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional 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. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 271286 AgR / RS - Órgão Julgador: Segunda Turma do STF - Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 12/09/2000)"

"TRATAMENTO MÉDICO. HIPOSSUFICIÊNCIA DEVER DO ESTADO E MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE. 1- Incumbe ao Estado e ao Município, solidariamente, garantirem tratamento médico e os medicamentos necessários àqueles hipossuficientes. 2- Obrigação constitucional que não cede ante a alegação de que o art 196 da Carta Magna é mera norma programática. Ao contrário, a norma é auto-aplicável. 3-Desinfluente a alegação de falta de recursos orçamentários. Os Apelantes têm o dever ele

> promover políticas públicas, com verbas orçamentárias próprias, destinadas a garantir a saúde dos cidadãos carentes, que por força desta condição não dispõe de recursos para a aquisição dos medicamentos. 3- Jurisprudência pacificada neste sentido. 4- Multa cominatória que se reduz por considerá-la excessiva. Recurso do Estado improvido e do Município provido, parcialmente, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. (APELAÇÃO CÍVEL - 2003.001.17324 - Órgão Julgador: SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgado em 30/9/2003)"
>
> "Fornecimento de medicamentos necessários a paciente, carente de recurso, portador de osteoporose. É dever de Estado. imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. Norma programática, definidora de direito fundamental e dotada de aplicação imediata. São responsáveis solidariamente a União, o Estado e o Município pelo fornecimento de medicamentos. Desprovimento do recurso. (APELAÇÃO CÍVEL - 2003.001.22214 - Órgão Julgador: DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL - DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgado em 25/11/2003)"

Uma simples leitura das normas constitucionais, analisadas sistematicamente, dará a medida escorreita do que deve ser entendido como direito e acesso à saúde pública gratuita, ou seja, do dever inafastável do Estado proporcionar ao paciente o necessário para o seu tratamento ou controle de sua doença.

Embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir alguma atitude a ser tomada diante de certo problema de saúde. Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições desta ou a manutenção da vida da pessoa interessada e é esta a mesma conduta que deve ser adotada pelo poder público.

Nesse ínterim, vale colacionar ementa de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45, sendo Relator o Eminente Ministro Celso de Mello, do Excelso Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> Ementa: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

> Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

8. DAS DEMANDAS JUDICIAIS

É comum que o Estado não assuma a sua responsabilidade em uma demanda judicial, alegando sempre a sua ilegitimidade passiva remetendo-a para o ente municipal ou federal baseando-se nos artigos 16, 17 e 18 da Lei 8.080/1990 a qual regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado e determina ações específicas para cada ente do poder público.

> **Art. 16**. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:
>
> I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;
>
> II - participar na formulação e na implementação das políticas:
>
> a) de controle das agressões ao meio ambiente;
>
> b) de saneamento básico; e
>
> c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;
>
> III - definir e coordenar os sistemas:
>
> a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;
>
> b) de rede de laboratórios de saúde pública;
>
> c) de vigilância epidemiológica; e
>
> d) vigilância sanitária;
>
> IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995)

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

> c) de alimentação e nutrição;
>
> d) de saneamento básico; e
>
> e) de saúde do trabalhador;
>
> V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
>
> VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
>
> VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
>
> VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
>
> IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
>
> X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
>
> XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
>
> XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Esta lei constitui o Sistema Único de Saúde (SUS), e a divisão das atribuições não exime os entes federativos de suas responsabilidades garantidas pela Constituição Federal de 1988.

Conforme o art. 198, §1° da CR/88, o SUS é financiado com o orçamento da seguridade social da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e de outras fontes.

> ñ**Art. 198** - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:" (...)
>
> ñ**§ 1º -** O sistema único de saúde será financiado, nos termos do Art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes."

O artigo 23, inciso II, também da CR/88 define que é de competência comum, entre União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

> "**Art. 23**. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:"
>
> **ñII** - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;"

Ou seja, não há mais a discursão na competência do ente público quanto a responsabilidade solidária no âmbito judicial, existindo apenas o dever dos tais de garantir a saúde ao cidadão, conforme o artigo 2° da Lei 8.080/90.

> **Art. 2º** A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
>
> **§ 1º** O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
>
> **§ 2º** O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Segundo o artigo 4° da lei acima citada:

> **Art. 4º** 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).
>
> § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.
>
> § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Da mesma forma o artigo 198 da CR/88, já citado acima, prevê atendimento integral por meio de ações e serviços Público de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o SUS. Assim, verifica-se que os entes públicos têm o dever de fornecer a todos os tratamentos de saúde que forem necessários para a manutenção da vida destes, por meio do SUS.

A legitimidade passiva se discorre de modo exaustivo no que se refere às divisões de tarefas entre os entes. A União e os Estados possuem funções subsidiárias em relação ao Município e àqueles já tiveram uma gestão plena do SUS reconhecida por portaria do Ministério da Saúde. Esta divisão, porém, não pode ser óbice para que o cidadão acione os entes em solidariedade.

A solidariedade é um instituto previsto nos artigos 265 e seguintes do Código Civil de 2002, o qual dispõe sobre a faculdade do credor em escolher qual dos devedores pretende acionar. Assim, assemelha-se para que o cidadão escolha em face de quem irá propor a ação – União, Estados ou Município - de nada adiantandos as alegações de ilegitimidade e o chamamento ao processo, feitas por algum ente federado acionado individualmente.

> ñ**Art. 265**. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes."
>
> ñ**Art. 266**. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro."
>
> ñ**Art. 267**. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro."
>
> ñ**Art. 268**. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar." (...)

Acerca da Solidariedade Passiva, o doutrinador Ruy Stoco observa o seguinte:

> ñ*Em face da solidariedade passiva, a vítima do dano não está obrigada a acionar este ou aquele credor. É obvia a vantagem que isto representa para ela, que podendo escolher a quem demandar, naturalmente se dirigirá contra que ofereça melhores probabilidades de satisfazer o dano.*ò

O entendimento transcrito abaixo deixa clara a questão acima discutida:

> AÇÃO ORDINÁRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DEVER DO PODER PÚBLICO DECORRENTE DE NORMA CONSTITUCIONAL - UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO SOLIDARIEDADE. É dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. São responsáveis solidariamente pelo fornecimento gratuito de medicamentos essenciais à sobrevivência de paciente a União, o Estado e o Município. A destinação de recursos para tais fins é de responsabilidade da Administração Pública nos âmbitos federal, estadual e municipal. Recurso improvido e SENTENÇA confirmada em reexame necessário. (APELAÇÃO CÍVEL - 2003. 001. 18958 - Órgão Julgador: DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - DES. JOSE GERALDO ANTONIO - Julgado em 17/09/2003)

9. OBJETIVOS E ATRIBUIÇÕES DO SUS

Em 1990, foi editada a Lei n. 8.080/90 que, nos artigos. 5º e 6º, relatam acerca dos objetivos e das atribuições do SUS, explicitando o art. 200 da CR/88 (ainda que, em alguns casos, tenha repetido os incisos daquele artigo, tão somente).

São objetivos do SUS:

a) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

b) a formulação de políticas de saúde destinadas a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e outros agravos; e

c) execução de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as ações assistenciais com as preventivas, de modo a garantir às pessoas a assistência integral à sua saúde.

O art. 6º da Lei do SUS estabelece ainda como competência do mesmo a execução de ações e serviços de saúde descritos em seus 11 (onze) incisos.

> **Art. 6º** Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

10. DISPONIBILIZAÇÃO DE TODO E QUALQUER MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO

Na maioria das vezes, as demandas judiciais propostas contra o Poder Público, este alega em sua defesa que não há a possibilidade de efetuar o fornecimento de determinados medicamentos necessários ao tratamento do autor de uma demanda pelo fato que a prescrição dos mesmos ferir os critérios adotados pelo Ministério da Saúde, no que diz respeito ao Conselho de Terapêutica Antiretroviral em Adultos e em especial a Portaria n° 21 do Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde.

Ocorre que o referido Consenso e a portaria acima citados não tem a finalidade de obrigar aos médicos a prescrição de medicamento em detrimento de outro, mesmo porque, existem alternativas de tratamentos que devem ser prescritos, tendo em vista ser a única saída.

O ato de limitar a disponibilização de medicamentos através de um rol, faz com que o Princípio da Isonomia seja ferido, ou seja, permite que apenas aqueles medicamentos descritos do Consenso do Ministério da Saúde sejam distribuídos gratuitamente.

Especificamente no que tange ao fornecimento de medicamentos, vejamos o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ARTIGO 535 DO CPC. ARGÜIÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ARTIGO 273 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. SUPOSTA AFRONTA A PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MEDICAMENTO OU CONGÊNERE. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. [....] 5. A Lei 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 6. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congênere necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. 7. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda. 8. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento - 07/06/2005 - Data da Publicação/Fonte - DJ 05/09/2005 p. 378).

10.1 Medicamentos prescritos fora do rol do Consenso

Constitui um direito fundamental a proteção ao cidadão tendo aplicação imediata ao teor do artigo 5°, parágrafo 1° da CR/88, sendo uma norma topograficamente mal posicionada, porque abrange qualquer direito constitucional como norma. O próprio Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Constitucionalidade de Lei – ADCL n° 1/1993, conforme se extrai trecho descrito abaixo:

> "Não se pode extrair de normas infraconstitucionais interpretação que eventualmente vá restringir a eficácia de norma que desfruta de supremacia, nem se poderia interpretar disposto no parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 9.313/96 de forma a pretarifar os medicamentos porque individual e concretamente o paciente deverá ser tratado adequada e proporcionalmente as suas necessidades apuradas pelo médico de acordo com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Cuida-se, assim, de uma interpretação conforme a Constituição que não poderia ignorar a hermenêutica proporcional e razoável que o juiz deve dar as normas."

Não se pode admitir a limitação do fornecimento dos medicamentos ao rol constante do Consenso, porquanto cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa decisão médica, ou seja, com as condições existentes no momento de seu tratamento. Ademais, se a combinação de medicamentos pela autoridade médica que a prescreve é o melhor para o tratamento de determinado paciente não pode, o fornecimento desses medicamentos, ficar limitado ao convencionado pelo Ministério da Saúde, a pretexto de não estar comprovada a sua eficácia.

O mérito se circunscreve, portanto, ao fornecimento de alguns remédios específicos que não constam do tratamento padronizado pelo SUS.

Neste aspecto deve ser atentado para o fato de que a não submissão ao tratamento padronizado não decorre da vontade do paciente (autor da demanda), mas de sua intolerância ao medicamento padrão descrita no rol. Decorre daqueles que orientam o tratamento, e da impossibilidade física de submeter-se, na íntegra, ao tratamento padronizado.

Não cabe a discursão de tratamento (s), o sucesso ou insucesso de técnicas que são ou deixam de ser utilizadas. A discussão afeta ao campo da medicina e a

decisão que se quer obter é jurídica. Não adianta se falar em insensibilidade, temos uma realidade, com aspectos quase insolúveis.

Inequívoco que a Administração Pública vive de um orçamento, é este um princípio básico para a administração das finanças públicas. A entrada, chamada arrecadação é, em todas as entidades federativas, deficitária, tendo um orçamento anual e insuficiente. Por conta disto dá-se preferência ao atendimento geral em detrimento do individual.

Exemplo de decisões importantes proferidas por tribunais de outros Estados foi pela 1ª e 9ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro, que de forma alguma limita a aquisição dos medicamentos a qualquer listagem, relação, consenso ou coisa que o valha.

> "Assim, como se vê, o Estado está obrigado pelo artigo antecedente a fornecer à população, de um modo geral, os medicamentos básicos que constem na lista padronizada, mas, tal obrigação não afasta aquela de fornecer outros medicamentos, que não constem daquela lista e que precisem ser adquiridos na rede privada, se necessário for, (...)" (AC. nº 1.158/98, Des. Relatora Valéria Maron)

A medicina avança cada vez na luta pela descoberta de novos tratamentos para todos os tipos de doenças, até aquelas que até a presente data não têm cura. Seria insensato o corte dos medicamentos somente pelo fato dos mesmos não estarem presentes em uma lista padronizada pelo Sistema Único de Saúde, que demora aproximadamente um ano para ser atualizada, enquanto a medicina avança a cada dia.

Não é admissível limitar o direito dos pacientes de tão graves enfermidades. Por exemplo, doenças fatais e inexoráveis não podem ser tratadas apenas com as prescrições estabelecidas pela burocracia estatal. Se novos medicamentos vierem a ser indicados, eles devem ser entregues de imediato, não sendo admissível esperar os trâmites burocráticos que, como se sabe, são lentos e complicados.

Evidente que se o autor da demanda judicial vier a pedir medicamentos que não sejam aqueles constantes dos esquemas estatais, estará agindo motivado por prescrições do médico de sua confiança, não sendo de se supor que ele não saiba quais os melhores remédios que seu paciente deve usar.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já se manifestou acerca do afastamento da delimitação constante na Lei 9.313/96, da seguinte forma:

"Recurso Especial nº 325.337 – RJ (2001/0067327-4)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Waldemar Deccache e outros

Recorrido: Claudilene Coutinho de Macedo e outros

Advogado: Patrícia Diez Rios

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença.

3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.

4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.

> 5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade.
>
> 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.
>
> 7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.
>
> 8. Recurso improvido."

10.2 Requerimento de Antecipação de Tutela nas Ações Cíveis em face do ente Público

Prevê o art. 273 do Código de Processo Civil a possibilidade de o Juiz, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, à vista de prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e "*haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*ò

Com efeito, *in casu*, o deferimento do pedido se impõe, eis que a pretensão de direito material, devidamente comprovado nesta sede deduzida, tem por fincas a garantia preconizada em sede constitucional de atendimento digno e adequado de saúde, que deve ser prestado pelo Poder Público, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, norma jurídica essa de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

A plausibilidade do direito ameaçado de lesão está cabalmente demonstrado pelo reconhecimento do direito à saúde como direito público subjetivo de todos, bem como da obrigação do Poder Público de prestar o atendimento necessitado.

É de clareza meridiana também o *periculum in mora*, na media que o não fornecimento do medicamento receitado acarreta prejuízos à saúde do cidadão. A não manutenção dos medicamentos pode acarretar uma desestabilização prejudicando a saúde de cada tipo de paciente.

Assim exige-se uma medida rápida e eficiente, constituindo-se em hipótese de obrigação da antecipação da tutela. O bem que se pretende tutelar é a saúde e, consequentemente, a própria vida, na medida em que a paciente obteve a receita junto ao médico credenciado do SUS e, por falta de condição econômica, fica sem utilizar o medicamento, uma vez que o requerido se recusa a fornecer.

Sem a concessão da liminar requerida, o cidadão hipossuficiente continuará privada pelo Estado, de ter acesso ao fármaco receitado pelo médico do SUS, único possivelmente capaz de estabilizar o quadro clínico deste.

Diante da jurisprudência dominante, é perfeitamente possível a antecipação de tutela em face do estado, conforme se verifica das jurisprudências colacionadas abaixo, respectivamente dos egrégios TJ/ES, TJ/SC e STJ, senão vejamos:

> Número do processo: 011.06.900034-4 Ação: Agravo de Instrumento Órgão Julgador : QUARTA CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento : 18/07/2006 Data de Leitura : 15/08/2006 Data da Publicação no Diário : 28/08/2006 Relator : CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS Vara de Origem : CACH ITAPEMIRIM - 1ª VARA FEITOS FAZENDA PÚBLICA Acórdão: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE LIMINAR PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INAPLICABILIDADE DA ADC Nº 04 E DA DENOMINADA RESERVA DO POSSÍVEL. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA QUE DEVE SER PRIORIZADA. RECURSO IMPROVIDO.
>
> I- A solução cunhada na ADC nº 04 - referente à vedação de liminares contra a Fazenda Pública - não possui aplicabilidade no caso de fornecimento de medicamentos aos cidadãos, pois a jurisprudência do STJ caminha no sentido de admitir, em casos excepcionais (como, por exemplo, na defesa dos direitos fundamentais, dentro do critério da razoabilidade) a outorga de tutela antecipada contra o Poder Público, afastando a incidência do óbice constante no art. 1º da Lei 9.494/97.

11. DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA

A preocupação com crianças e adolescentes é pertinente, pois representam, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2005, p. 32), 33% da população brasileira, ou seja, 60 milhões de pessoas são crianças e adolescentes.

Além disso, estudos comprovam que o crescimento e desenvolvimento de crianças dependem de fatores intrínsecos, que são relacionados à herança genética, e extrínsecos, relacionados ao meio ambiente.

Conforme bem observam Nery Júnior e Machado (2002, p.17), por não terem, as crianças e adolescentes, o desenvolvimento pleno de suas potencialidade, característica inerente à condição de seres humanos ainda em processo de formação sob todos os aspectos:

> "físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo) moral, social"

Dentre outros, devem ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno. Assim, o legislador constitucional entendeu por bem em proteger-lhes mais do que aos maiores de dezoito anos, garantindo absoluta prioridade de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial que pode ser alcançado pelos seres humanos, garantindo-se inclusive, o Princípio da Igualdade, ao ofertar-lhes direitos e prioridades para efetivação de direitos fundamentais de forma a equilibrar suas peculiaridades com o desenvolvimento dos maiores de dezoito anos.

Parte considerável da doutrina entende o princípio da absoluta prioridade como sendo uma barreira para que as políticas públicas sejam criadas e implementadas primeiro para crianças e adolescentes, de forma a minimizar qualquer outro tipo de recurso público para outros titulares de direitos fundamentais. Por absoluta prioridade, entende Liberati (1991, p. 21) que crianças e adolescentes:

> "deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...]".

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) apresenta uma limitação do alcance da garantia de absoluta prioridade. Em seu art. 4º, parágrafo único, diz que tal garantia compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A CR/88 de 1988 concedeu à família o status de entidade fundamental da sociedade e que deve ter proteção especial por parte do Estado. Seus integrantes são vistos como essenciais para a harmonia social e a manutenção do equilíbrio familiar se faz indispensável para que haja sustentação desse grupo, garantindo-se a paz não apenas

daquela célula, mas do todo comunitário, o que refletiu na Edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando garantir a proteção integral de crianças e adolescentes.

Inexistem controvérsias no que diz respeito ao mínimo existencial e ao princípio da discricionariedade da administração, sendo plenamente possível sustentar a adoção de medidas protetivas para garantir as mínimas condições de vida digna, mormente em razão do princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

Neste aspecto, cumpre salientar o disposto no artigo 11 do ECA, que trata Dio direito à saúde dos menores e , mais precisamente o § 2º, segundo o qual "incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento ou reabilitação".

A jurisprudência não destoa, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. ECA. TRATAMENTO DE SAÚDE DE MENOR. A Constituição Federal pontifica como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, estabelece como direito e garantia fundamentais o direito à vida e diz ser a saúde direito de todos e dever do Estado, entendido aqui como o ente público em qualquer de suas esferas. URGÊNCIA DA CIRURGIA. Tendo a criança já ultrapassado a idade ideal para a realização do procedimento, resta configurada a necessidade de efetivá-lo com a maior brevidade possível, mormente considerando os graves problemas físicos e psicológicos decorrentes dessa deformidade. NORMA PROGRAMÁTICA. Incabível, igualmente, a alegação de inaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal, uma vez que a inércia do Poder Legislativo não pode impedir sua eficácia. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Sopesando o direito à vida com dignidade da apelada e o direito patrimonial do Município, é pacífico o entendimento de que deve prevalecer aquele, dispensada, dessarte, previsão orçamentária para essa despesa. INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. Não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental da criança e do adolescente, devendo o Judiciário agir, se provocado, diante da ação ou omissão do Executivo. Negaram provimento à apelação. Unânime. (TJRS. 7ª C. Cível. Apelação Cível nº 70010730687. Rel.: Walda Maria Melo Pierro. J. em 02/03/2005);

Especificamente acerca da competência da vara da Infância e Juventude e da Obrigatoriedade do fornecimento de medicamento, a jurisprudência não destoa, senão vejamos, *in verbis:*

ECA. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO DAS INFANTES AO ALIMENTO ESPECIAL DE QUE NECESSITAM. CUSTAS PROCESSUAIS. DESCABIMENTO. 1. Embora o processo tenha tramitado em uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, a questão de fundo é o fornecimento pelo Estado do alimento especial de que necessitam as infantes, tratando-se pois de questão afeta à Justiça da Infância e da Juventude. 2. Tratando-se de questão relativa a direito fundamental de criança, sendo matéria afeta à Justiça da Infância e da Juventude, a ação é isenta de custas, nos termos do artigo 141,§2º, do ECA. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70047117197, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 14/03/2012)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SAÚDE. DIREITO. INFANTE. LEITE DE SOJA. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. FORNECIMENTO. OBRIGATORIEDADE. O direito à saúde é constitucionalmente consagrado a todos, constituindo devedor do Estado, nos termos do artigo 196, da Constituição Federal, norma provida de eficácia plena. Comprovado nos autos, por documentos com o timbre do SUS - Sistema Único de Saúde -, que o infante, de tenra idade, apresenta quadro clínico de intolerância à lactose, deve ser a ele assegurado o fornecimento do leite de soja. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.475292-5/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - 1º APELANTE (S): BERNARDO AMARAL YAZBECK REPRESENTADO (A)(S) P/ PAI (S) ALEXANDRE DE MENEZES YAZBECK - 2º APELANTE (S): MUNICIPIO JUIZ FORA - APELADO (A)(S): BERNARDO AMARAL YAZBECK, MUNICIPIO JUIZ FORA - AUTORID COATORA: SECRETARIO SAÚDE MUNICIPIO JUIZ DE FORA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ANTÔNIO SÉRVULO

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA IMEDIATA. FORNECIMENTO DE LEITE DE SOJA. MENOR ALÉRGICO A LEITE DE VACA, CABRA E DERIVADOS. ALEGADA LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO SE SOBREPÕE AO DIREITO DO AUTOR. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DO CEJUR/DPGE/RJ. CABIMENTO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO PARA R$ 300,00 (TREZENTOS REAIS). PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC.557§ 1º-ACPC

(15083720108190030 RJ 0001508-37.2010.8.19.0030, Relator: DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE, Data de Julgamento: 18/04/2012, OITAVA CAMARA CIVEL)

RECURSO DE APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO DE SANTO ANGELO. ECA. INTOLERÂNCIA À LACTOSE. FORNECIMENTO DE LEITE A BASE DE SOJA. DEVER DO ENTE PÚBLICO, CONSOANTE A DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA AO ASSEGURAR O DIREITO À VIDA E O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIAS FUNDAMENTAIS, DE ACORDO COM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 196 DA CF/88). RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045557592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 16/05/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL. MENOR COM INTOLERÂNCIA À LACTOSE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO, EM FACE DA SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS NAS AÇÕES E POLÍTICAS DE SAÚDE. DIREITO DO MENOR CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. NEGADO SEGUIMENTO LIMINARMENTE. (Agravo de Instrumento Nº 70049366552, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 08/06/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INFANTE PORTADORA DE INTOLERÂNCIA À LACTOSE E PROTEÍNA DA SOJA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTAMENTO. Competindo ao juiz, no exercício do poder instrutório, determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, não se verifica necessidade ou pertinência na diligência requerida pelo ente público, uma vez que a parte autora em réplica já se manifestou expressamente sobre o parecer técnico elaborada pela Equipe de Consultores da Secretaria Estadual da Saúde, bem como os elementos probatórios já colhidos são suficientes para formar a convicção do juiz. Cerceamento de defesa inexistente. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70047900972, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 03/04/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL. AGRAVO RETIDO. MULTA DIÁRIA E BLOQUEIO DE VALORES. MÉRITO. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. DIREITO Á SAÚDE. CUSTAS JUDICIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. Caso. Fornecimento de alimentação especial LEITE SUPRA SOY SEM LACTOSE, enquanto perdurar a patologia. Menor portador de GASTROENTERITE e COLITE ALÉRGICA ou LIGADAS À DIETA POR HIPERSENSIBILIDADE A ALIMENTOS (CID 10 K 52.2), conforme laudo médico. AGRAVO RETIDO Multa e bloqueio de valores. Desnecessária a condenação ao pagamento de multa pelo não cumprimento de decisão, ante a viabilidade do bloqueio de valores do Estado para aparelhar de forma mais efetiva o direto à saúde. Precedentes jurisprudenciais. MÉRITO Legitimidade passiva e Solidariedade. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontre na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. Direito à Saúde, Separação de Poderes e Princípio da Reserva do Possível. A condenação do Poder Público para que forneça tratamento médico ou medicamento à criança e ao adolescente, encontra respaldo na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à saúde não representa ofensa aos princípios da separação dos poderes, do devido processo legal, da legalidade ou da reserva do possível. As custas judiciais. Descabe condenação em custas processuais nas ações da competência do juízo da infância e da juventude, nos termos do art. 141, §2º do ECA. Condenação do Município ao pagamento de honorário à Defensoria Pública. Em tese, no presente caso, não incidiria a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no que diz com a condenação dos Municípios ao pagamento de honorários advocatícios em prol da Defensoria Pública Estadual. Contudo e por enquanto - reconhecida alguma semelhança - a prática está a exigir solução peculiar. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70047001995, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/03/2012)

12. ACLASTA (EXEMPLO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO ROL DO CONSENSO)

Aclasta contém a substância activa ácido zoledrónico. Pertence a um grupo de medicamentos denominados bifosfonatos e é utilizado para o tratamento de mulheres pós-menopáusicas e homens com osteoporose ou osteoporose causada pelo tratamento com esteróides e da doença óssea de Paget.

A osteoporose é uma doença que se caracteriza pelo adelgaçamento e enfraquecimento dos ossos sendo comum em mulheres após a menopausa, mas também pode ocorrer em homens. Na menopausa, os ovários das mulheres deixam de produzir a hormona feminina estrogénio, que é importante para a saúde óssea. Após a menopausa, ocorre perda de massa óssea, tornando-se os ossos mais frágeis e susceptíveis a fractura. A osteoporose também pode ocorrer em homens ou mulheres devido ao uso prolongado de esteróides, que podem afectar a resistência dos ossos. Muitos doentes com osteoporose não apresentam sintomas mas apresentam risco de fractura óssea porque a osteoporose torna os seus ossos frágeis. A diminuição dos níveis circulantes de hormonas sexuais, principalmente estrogénios convertidos a partir de androgénios, também desempenham um papel na perda óssea mais gradual observada em homens. Tanto em mulheres como em homens, Aclasta fortalece o osso e, portanto, torna menos provável a fractura. Aclasta também é utilizado em doentes que fracturaram recentemente a anca após um traumatismo ligeiro, tal como uma queda e como tal apresentam risco de fracturas ósseas subsequentes.

É normal que o osso envelhecido seja removido e seja substituído por osso novo. Este processo é denominado de remodelação óssea. Na doença óssea de Paget, o processo de remodelação óssea está acelerado e o osso novo é formado de forma desordenada, o que o torna mais fraco do que o normal. Caso a doença não seja tratada, os ossos podem ficar deformados, provocando dor, e poderão partir-se. Aclasta permite a normalização do processo de remodelação óssea, assegurando a formação de osso novo normal e a recuperação da sua resistência.

Ocorre que este medicamento é de alto custo e não está no rol de padronização do Sistema Único de Saúde, o que acaba gerando um transtorno ao paciente em que acabe ter que recorrer ao Poder Judiciário, propondo Ação de Obrigação de Fazer contra o Estado e Município para que os dois arquem com o tratamento adequado.

13. A SAÚDE NO BRASIL

O índice de insatisfação com a qualidade e o atendimento à saúde é maior no Brasil do que na média da América Latina, aponta um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) divulgado em 14 (quatorze) de março deste ano. Enquanto o índice de satisfação com a saúde do país foi de 44%, em média 57% da população da América Latina demonstrou aprovar o serviço, número maior do que o brasileiro.

Os dados, contabilizados pelo Instituto Gallup em vários países do mundo, foram coletados entre 2007 e 2009 e são os mais atuais disponíveis, de acordo com o relatório da ONU. Os indivíduos entrevistados responderam a perguntas como: "Em seu país, você confia nos hospitais e no sistema de saúde oferecido?".

O Brasil ficou na 108ª posição em satisfação com seu sistema de saúde, em comparação com 126 países de todo o mundo, analisados pelo Relatório de Desenvolvimento Humano 2013. O índice de aprovação brasileiro também é menor do que a média mundial, de 61%.

Nenhum país da América Latina teve índice de satisfação tão baixo quanto o Brasil - a exceção é o Haiti, em que só 35% da população disse aprovar o sistema de saúde. Países como Uruguai (77% de aprovação), Venezuela (75%), México (69%) e Bolívia (59%) consideraram os próprios serviços de saúde melhores do que a população brasileira.

O Brasil perde em satisfação com a saúde também para países como Afeganistão (46% de aprovação), Serra Leoa (46%), Camarões (54%) e Senegal (57%). O líder do ranking é Luxemburgo, pequeno país europeu em que 90% da população disse aprovar os próprios serviços de saúde.

O Brasil, por outro lado, é apontado como um dos países que universalizou a vacinação (99% das crianças com um ano receberam ao menos uma dose da vacina contra a rubéola em 2010, por exemplo).

Para a ONU, uma das principais causas do empobrecimento em muitos países é a falta de acesso a tratamentos de saúde de qualidade, sejam gratuitos ou não.

Conforme o relatório relata que:

"Um serviço de saúde ruim, especialmente ao atender o chefe da família, é uma das grandes causas da pobreza, pois compromete a fonte de renda familiar e gera gastos com atendimento particular" [...]

“[...] O Brasil é destaque no relatório pela atuação do movimento sanitarista realizado por profissionais da saúde. Segundo a ONU, os profissionais desempenham um papel central no desenvolvimento do sistema público de saúde [SUS] do país".

14. CONCLUSÃO

Com a política de assistência farmacêutica estabelecida pelo poder executivo no quadro existente, e restrições orçamentárias e as diretrizes do setor, certos medicamento são prescritos de acordo cm alguns protocolos clínicas e diretrizes terapêuticas tecnicamente especificadas. Verificando o não cumprimento, caberá ação judicial em face dos entes públicos responsáveis pela distribuição dos medicamentos.

Por esta razão afirma-se que o Poder Judiciário determina que a política pública de saúde seja cumprida em sua inteireza, ou, pelo menos, que as consequências da sua não execução fiel sejam minoradas.

Percebe-se que hoje há uma explosão dos custos do sistema de saúde resultante de um conjunto de ações judiciais não decorrentes de judicialização, mas, ao contrário, a judicialização da saúde decorre ou da ineficácia, ou da insuficiência, ou ainda da pura e simples inexistência de ações preventivas, que se seus resultados não forem satisfatórios é porque a política de saúde fracassou.

Em análise concreta das ações judiciais que se referem ao tema da saúde, mostra-se que no Judiciário, vem determinando que as políticas públicas de saúde sejam cumpridas.

Certo é que a CR/88 preconiza para o direito social à saúde o princípio da universalidade como direito de todos independentemente de condicionantes sociais e financeiros, e ainda prevê nas diretrizes do sistema público de saúde a integralidade como direito à assistência integral nos três níveis de atenção: assistência primária, média e de alta complexidade, não se esquecendo também que estabelece que as ações e serviços de promoção da saúde devem ser prioritárias.

Ocorre que, ao contrário disso, a atenção básica à saúde tem sido implementada de forma bastante precária pelo Poder Público. As ações judiciais individuais refletem claramente esta afirmação. O direito à saúde vem sendo confundido com o acesso a medicamento e internações hospitalares.

Assim, para mudar este quadro do nosso país, o cidadão tem o dever de lutar pelo seu direito, pois é esta mensagem que a Constituição Federal Brasileira deixa para todos.

15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v.1. 1916.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, v. 1, 1979.
_____. _____. São Paulo: Forense, v. 1, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, v. 7, 1984.
_____. _____. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.
_____. _____. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: 1984.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no código civil.** In: http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html. São Paulo: visitado em 17 de abr. de 2005

Hely Lopes Meirelles traz noção emblemática da discricionariedade em torno da idéia de PODER: "Poder discricionário é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo" (Direito Administrativo Brasileiro, p. 97, 14ª edição, Revista dos Tribunais).

EDILSOM FARIAS, em artigo intitulado " Técnicas de Controle da Discricionariedade Administrativa" (Arquivos do Ministério da Justiça, 47/159), chega a falar em " potestades discricionárias da administração ".

Curso de Direito Administrativo, p. 123, 1ª ed., Malheiros. p. 220, 6ª edição, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian.

ODETE MEDAUAR, em " O Direito Administrativo em Evolução", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 184.

"apud" AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, " in " Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo, Revista de Direito Administrativo, vol. VI, p. 44.

"O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários", pp. 4/5, Ed. IBPS.

Sites:

ÂmbitoJurídico:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12619

Jusbrasil: http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2548740/jurisprudencia-stj-direito-civil-responsabilidade-civil-objetiva-responsabilidade-subsidiaria-tomador-de-servico

Secretaria de Saúde do Espírito Santos: http://www.saude.es.gov.br/

Ministério da Saúde: http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.html