

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

TALITA GIMENEZ MUNHOZ SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE À OMISSÃO NA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À SAÚDE**

MARÍLIA
2015

TALITA GIMENEZ MUNHOZ SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE À OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇO À SAÚDE

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof.º Luis Vieira Carlos Júnior

MARÍLIA
2015

Silva, Talita Gimenez Munhoz

Responsabilidade Civil do Estado em face à Omissão na
Prestação de Serviço à Saúde / Talita Gimenez Munhoz Silva;
orientador: Prof.^a Luís Vieira Carlos Júnior. Marília, SP: 2015.
54 páginas;

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito
da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Direito à Saúde. 2. Responsabilidade Civil. 3.
Responsabilidade Civil do Estado por Omissão.

CDD: 342.151



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Talita Gimenez Munhoz Silva

RA: 47889-1

Responsabilidade Civil do Estado em Face à Omissão na Prestação de Serviço à Saúde.

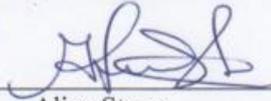
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

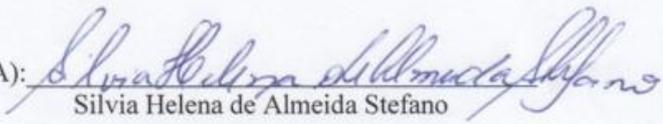
ORIENTADOR(A):


Luis Vjeira Carlos Júnior

1º EXAMINADOR(A):


Aline Storer

2º EXAMINADOR(A):


Sílvia Helena de Almeida Stefano

Marília, 30 de novembro de 2015.

Em primeiro lugar agradeço a Deus pela oportunidade, em mundo onde as oportunidades são dadas a poucos, esperando que este seja apenas um dos primeiros desafios de muitos que ainda virão.

Agradeço ao meu pai e à minha mãe que me deram a vida e a possibilidade de aqui estar.

Por último, ao meu tio Gilberto, e novamente a minha mãe, por todo o apoio e dedicação, que jamais poderei retribuir em mesma medida.

AGRADECIMENTOS

*Agradeço ao professor e orientador
Luís, pela paciência, dedicação,
transmissão de conhecimento, e, em
especial, pelo apoio na conclusão do
presente trabalho de curso.*

“Do homem são as preparações do coração, mas do Senhor a resposta da língua”.

(Provérbios. 16:1)

SILVA, Talita Gimenez Munhoz. **Responsabilidade Civil do Estado em face à Omissão na Prestação de Serviço à Saúde**. 2015. 54 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

Tem como objeto de estudo a análise da responsabilidade civil do Estado frente aos atos omissivos na prestação de serviço à saúde. Segundo art. 37, §6º, da Constituição Federal a responsabilidade civil do Estado se apresenta na forma objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, pois, o Estado ao efetuar suas atividades pode causar danos aos seus particulares, ainda que sem a mínima intenção de fazê-lo. Tal entendimento é aplicado de forma unânime a todos os atos comissivos praticados pelo ente estatal, entretanto, quando se trata dos atos omissivos existe grande divergência por parte da doutrina e jurisprudência, em que alguns sustentam a teoria subjetiva, devendo a vítima demonstrar a culpa por parte do Estado, e outros defendem a teoria objetiva, entendendo pela dispensabilidade de tal elemento. Desse modo, tomando por base uma perspectiva constitucional, à luz do princípio da dignidade humana e do direito à vida, averigua-se que existindo o nexo de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e a omissão cometida pelo Estado nasce o dever de indenizar, independentemente de se tratar de ação ou omissão. Adotando-se assim, a teoria da responsabilidade objetiva, pois caracterizada como aquela que melhor protege à vida e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Saúde. Omissão Estatal. Reparação de danos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 – DIREITO À SAÚDE	09
1.1 A Expressão Saúde e seu Conceito.....	09
1.2 Direito à Saúde como Direito Fundamental Social.....	10
1.3 Dimensões/Gerações dos Direitos Fundamentais.....	12
1.4 Direito à Saúde na Constituição Federal.....	14
1.5 Direito à Saúde e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL	20
2.1 Evolução Histórica	20
2.2 Espécies de Responsabilidade	22
2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	25
2.4 Responsabilidade Civil do Estado.....	28
2.4.1 Evolução Histórica.....	28
2.4.2 Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade Estatal	31
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	34
3.1 Caracterização dos Atos Omissivos	34
3.2 Correntes Doutrinárias.....	35
3.3 Posicionamentos Jurisprudenciais.....	40
3.4 Perspectiva Final – Art. 37,§6º, CF	46
CONCLUSÕES	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Devido à redemocratização constitucional ocorrida em 1988, com o advento da Carta Magna, o Estado brasileiro instituiu-se como um Estado Democrático de Direito, inovando ao estampar um largo rol de direitos sociais como prerrogativa do Estado e direito subjetivo de todo cidadão.

Dentre estes, teremos como foco de estudo o direito à saúde, que por estar lado a lado com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana deve ser encarado como um dos mais importantes e essenciais. Desta forma, analisaremos a responsabilidade civil do Estado quando este se omite no dever legal na prestação de tal serviço, pois, não obstante ser um direito fundamental atribuído como dever do Estado e garantia de toda sociedade, carece, e muito, de ser efetivado de forma digna e eficaz.

Destarte, quando o Estado age de tal forma, tende violar direitos e causar danos aos seus particulares, devendo, portanto, ser responsabilizado por tal conduta.

Infelizmente, muitas vezes não é isso que se vê, com o simples ato de ligar uma televisão ou tomar conhecimento de qualquer tipo de noticiário cotidiano, observamos o descaso por parte do Estado com relação aos serviços de saúde pública, ocasionando diversos tipos de transtornos à sociedade, como, por exemplo, demora nos atendimentos, falta de medicamentos e de funcionários, inexistência de leitos para internações e principalmente de unidades de terapia intensiva. Condutas, estas, caracterizadas por omissões por parte do ente estatal.

Como consequência, o que, diga-se de passagem, não poderia ser diferente, temos uma realidade drástica. As pessoas sofrem com doenças que poderiam ser curadas ou amenizadas através de tratamento e medicamento corretos, as filas em hospitais e postos de saúde são enormes e absurdas levando o usuário a horas de espera, sendo que algumas vezes ao menos chega ser atendido, sem mencionar os pacientes que morrem por falta de atendimento prioritário e de urgência e ainda aqueles que definham a espera de um leito hospitalar ou por vaga em unidade de tratamento intensivo.

Assim, torna-se necessário o estudo da natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado frente aos atos que geram danos a sociedade, pois, ainda não pacificado pela doutrina e jurisprudência do país.

Na tentativa de contribuir com o melhor posicionamento utilizaremos o estudo das teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva, que se apresentam como base quando falamos em reparação de danos dentro do nosso ordenamento jurídico. Utilizando-se os métodos de

procedimento bibliográfico, com análise de textos doutrinários e decisões jurisprudenciais, além de abordagem dialética, com apresentação de idéias opostas e entendimentos divergentes, a fim de se chegar à melhor conclusão.

Portanto, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro, será abordado de forma sucinta e superficial sobre a responsabilidade civil e a responsabilidade civil do Estado, dando enfoque no desenvolvimento histórico, noções, elementos, e formas em que ela se apresenta, e ainda suas excludentes e atenuantes.

No segundo capítulo será abordado sobre o direito à saúde, tido como direito social de prerrogativa do Estado e assegurado a população em todo território nacional.

Finalmente, no terceiro e último capítulo será abordado sobre a responsabilidade civil do Estado frente aos atos omissivos, caracterizando quais seriam as condutas omissivas na prestação de serviço à saúde bem como as correntes doutrinárias e posicionamentos jurisprudências sobre qual teoria deve ser adotada, e, por último, uma perspectiva final de qual teoria se apresenta como mais correta frente o art. 37, §6º da Constituição Federal.

CAPÍTULO 1 – DIREITO À SAÚDE

Importante mencionar que o presente capítulo não tem o objetivo de esgotar o tema. Primeiro, porque a relevância da temática demandaria uma discussão e aprofundamento muito maior do que pretendemos no momento; segundo, porque trata de um tema com diversas vertentes e problemáticas a qual não trariam relevância ao objeto central do trabalho. Portanto, objetivamos apenas dar um enfoque geral no que seria o direito à saúde, explanando principalmente seu caráter de garantia fundamental social.

1.1 – A Expressão Saúde e seu Conceito

Saúde é um direito fundamental constitucionalmente garantido a todo cidadão, que não deve ser encarado sob o aspecto de qualquer tipo de discriminação, seja religiosa, racial, sexual ou socioeconômica.

Quando paramos para analisar o sentido conceitual da palavra nos remetemos a duas vertentes principais, da mais simplista, até a mais completa e atual. Pela primeira, temos aquela que encara a saúde como a ausência de doença, já pela segunda, temos aquela que encara a saúde como qualidade de vida e bem estar. (VENDRAME & MORENO, 2011, p. 5).

Vendrame e Moreno (2011, p. 5-6), ressaltam que:

A saúde tem sido conceituada mediante inúmeras visões de mundo dentro da construção social e histórica, que vai desde a concepção mágico religiosa, passando pela concepção simplista de ausência de doença, até chegar à mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Hodiernamente, melhor dizendo, desde o final do século XIX, o modelo biomédico vem abordando a doença em si (e não a saúde propriamente dita), em parte devido às descobertas dos micro-organismos, dos antibióticos e das vacinas. Conceituar saúde como ausência de doença era um bom modelo para abordar as infecções mas não se mostrou um bom modelo com o aparecimento de doenças crônicas e no período pós-guerra, quando buscou-se qualidade de vida e bem-estar, com conseqüente redução das desigualdades sociais.

(...)

Temos então o surgimento da Organização das Nações Unidas e, ato contínuo, o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a criação de diversos órgãos destinados a efetivação dos direitos fundamentais dos seres humanos.

Neste ato, a saúde foi destacada em âmbito internacional, passando a ser considerada direito fundamental de todo e qualquer cidadão e, segundo a sobredita Declaração, deveria ser efetivada sem distinção de raça, credo, classe econômica ou política, excluindo, dessa forma, qualquer forma de discriminação.

Em prosseguimento, a OMS em sua constituição (1946) conceituou saúde como sendo como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Determina, ainda, que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, (...) Tal definição, veja-se, introduz a noção de bem estar e qualidade de vida como condição para a saúde.

Tendo em vista que o Brasil é signatário de todos esses documentos da OMS, acarreta a obrigação de cumprir e desenvolver políticas públicas para alcançar os objetivos neles abocados, até mesmo porque, estampou o direito à saúde na Constituição Federal como um direito fundamental social garantido a todo cidadão. (VENDRAME & MORENO, 2011, p. 7).

1.2 – Direito à Saúde como Direito Fundamental Social

Quando falamos em direitos sociais impossível não nos remetermos aos direitos fundamentais, pois aqueles se integram a estes, que por sinal, compõem os direitos humanos. Portanto, nada mais correto do que iniciar nossa abordagem com breves conceitos do que seriam tais direitos.

Os direitos fundamentais podem ser encarados sob duas perspectivas distintas. Uma, mais genérica, que entende que os direitos fundamentais são aqueles que criam e mantêm os pressupostos elementares para que a vida humana possa ser fundada sob dois pilares principais, o da liberdade e da dignidade humana. Outra, mais específica e normativa, que entende por direitos fundamentais aqueles que o ordenamento jurídico vigente considera como tal. (COSTA & REIS, 2011, p. 12).

Já por direitos humanos, entendemos como sendo aqueles que guardam relação com documentos de direito internacional, reconhecidos na essência da palavra, não dependendo de qualquer determinação ou ordem constitucional, pois são inerentes ao homem. (COSTA & REIS, 2011, p. 12).

Portanto, podemos dizer que os direitos fundamentais são aqueles que guardam maior relação com o ordenamento jurídico do país, sendo inseridos no bojo de sua Constituição.

Neste sentido Silva (2005, p.180) (apud COSTA e REIS 2011, p. 14), menciona que:

E se assim é, por certo que na conformação de sua eficácia são normas constitucionais, por serem insertas no texto de uma Constituição ou, ainda,

pelo fato de serem fruto de uma declaração do poder constituinte, sendo, por óbvio, então, direitos que brotam e se fundamentam no princípio da soberania popular.

Conduto, por mais que sob o aspecto conceitual os direitos fundamentais não podem ser considerados como sinônimo dos direitos humanos, não podemos deixar de observar que irão sempre se integrar a estes, pois ambos têm como objeto central o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. (COSTA & REIS, 2011, p. 15)

E por guardarem tal relação é de suma importância que sejam realmente efetivados. Neste termos, Vendrame e Moreno (2011, p.3), entendem que:

Assim, o direito fundamental, para ser usufruído pelo indivíduo, deve ser efetivado. Logo, deve-se unir esforços pela efetivação dos direitos fundamentais e não para o alargamento do rol já existente, já que, conforme preleciona Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”. Ressaltar a importância da efetivação dos direitos fundamentais não é exigir uma postura do Poder Público tão somente, mas é primordial que a sociedade abandone a posição de inércia e exija do Poder Público o cumprimento desses direitos, através de políticas públicas, por conta da incumbência à ele atribuída pelo poder constituinte.

Após tais concepções, clara se faz a necessidade de o Estado não apenas garantir direitos, mas realmente desempenhar o máximo de esforços para concretizá-los, principalmente em relação ao rol de direitos sociais, pois estes são, inquestionavelmente, a base para um país bem estruturado e organizado, em que garante ao seu povo uma condição de vida digna e saudável, pois não há que se falar em direitos individuais, sem uma perspectiva concreta e eficaz nos direitos sociais, pois de uma forma ou de outra, um depende do outro.

E quando o Estado não atua de maneira a desempenhar sua finalidade resta à sociedade reivindicar tais direitos, pois possuem direitos de crédito contra o Estado, já que este trouxe os direitos sociais no art. 6º da Constituição Federal como prerrogativa estatal e direito subjetivo de todo cidadão.

Contreraz Peláes (1994, p. 21) (apud COSTA e REIS 2011, p. 25) aduz que:

Por tal razão, os direitos fundamentais sociais são conhecidos classicamente como direitos de crédito contra o Estado. Não obstante, mesmo que não esteja separada a vertente negativa, pois qualquer direito – independente da objetivação que possamos atribuir-lhe -, implica abstenção do Estado, no sentido de não interferência, ao mesmo tempo em que diz respeito à obrigação de uma atuação positiva.

Costa e Reis (2011, p. 27), continuam mencionando que:

Os direitos sociais são melhores expectativas, para cuja realização é necessária uma ação de dar ou fazer, ou seja, uma ação positiva por parte do Estado. Essa ação positiva requer um denso tramado institucional e burocrático, assim como dotações orçamentárias para os diversos direitos sociais que se querem apoiar (por exemplo, a educação).

E como um dos direitos fundamentais sociais de maior relevância, o direito à saúde, que se encontra lado a lado com o direito à vida, deve ser devidamente tutelado.

Novamente sob os apontamentos de Vendrame e Moreno (2011, p. 1):

O direito fundamental à saúde tem alicerce constitucional expresso, eis que explicitamente posto na Constituição de 1988 no rol de direitos fundamentais e, como tal, imprescindível atenção redobrada sobre o tema. No entanto, sabe-se que na prática a concretização dos direitos fundamentais – em especial o direito à saúde – muitas vezes passa a largo do campo de visão dos setores responsáveis para tanto, já que, na maioria das vezes, os maiores obstáculos encontram guarida na figura do próprio Estado.

Assim, analisar as problemáticas que envolvem a concretização dos direitos humanos e fundamentais sociais reveste-se de grande relevância para o direito atual, pois não obstante a serem garantidos como direito fundamental subjetivo e de aplicabilidade imediata carecem, e muito, de real efetividade.

1.3 – Dimensões/Gerações dos Direitos Fundamentais

As gerações, ou dimensões, dos direitos fundamentais foram criadas a partir de momentos históricos distintos. Daí, surge até mesmo uma discussão doutrinária quanto a nomenclatura utilizada, pois alguns entendem que o termo geração causaria impressão de algo ultrapassado - o que não deveria ser considerado, pois a passagem de uma geração/dimensão para outra não significa que a anterior se tornou superada ou menos utilizada - preferindo assim o termo dimensão. A título de didática utilizaremos ambas as nomenclaturas.

Os direitos de primeira geração ou dimensão surgiram no século XVIII, tendo como cenário uma luta travada entre a burguesia e o Estado Absolutista. O lema da Revolução Francesa “igualdade, liberdade e fraternidade” exprimiu perfeitamente todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, restando claro que tratavam-se de direitos individuais que

deveriam ser garantidos a todo cidadão, contudo, não havendo interferência por parte do Estado que permanecia somente com a incumbência de assegurá-los. (COSTA & REIS, 2011, p.18).

Por tais direitos temos uma ampla extensão, envolvendo desde a aquisição de condições materiais (propriedade), até espirituais (liberdade de religião) e política (livre forma de pensamento e opinião). (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Com a virada do século XX, surge o chamado Estado de Bem-Estar Social que muda todo o cenário explanado acima, pois traz uma grande gama de direitos que exigem uma atividade por parte do Estado, com objetivo de garantir condições mínimas de existência à população, ou seja, não apenas assegurando direitos, mas sim fornecendo condições materiais para efetivá-los. São, portanto, os chamados direitos de segunda geração ou dimensão. (COSTA & REIS, 2011, p.20).

Conforme palavras de Sarmento (2004, p.35) (apud COSTA e REIS 2011, p.20):

Dessa feita, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, uma vez que se o Estado não agisse para proteger os mais fracos, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se baseia o constitucionalismo poderiam ser frustrados. Isso dá origem, portanto, aos direitos fundamentais de segunda geração, onde se impõe ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que deviam ser asseguradas pelas políticas públicas interventivas. O Estado não mais se contenta com a proclamação retórica de igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva dessa igualdade no plano dos fatos, pois “não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais” para torná-las reais.

Assim, a idéia anterior de “não intervencionismo” cede lugar ao “Estado prestacional” tendo o compromisso, através de repartição e distribuição de riquezas, de garantir uma vida digna a todo cidadão, relacionado, portanto, a uma condição de prestação positiva e não mais a uma abstenção estatal. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Barroso (1993, p. 94-95), leciona que:

Os direitos individuais, impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares (...). Os direitos econômicos, sociais e culturais identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o indivíduo para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado, certos deveres de prestações positivas, visando a melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material.

No mesmo sentido, Silva (2001, p. 289-290):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Portanto, o objetivo central do Estado Social foi promover uma distribuição igualitária de recursos e oportunidades, retirando o Estado da posição de inércia para que este pudesse garantir as condições mínimas de existência bem como o pleno exercício dos direitos fundamentais sociais. (BAHIA & ABUJAMRA).

Por fim temos os direitos de terceira geração ou dimensão relacionados aos direitos de sociedade em massa, designados como “direitos dos povos”, de “fraternidade”, correspondendo assim ao terceiro princípio da Revolução Francesa. (COSTA & REIS, 2011, p.21).

Há quem reconheça a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, relacionados à bioética e ao biodireito. E ainda aqueles que se aventuram à existência de uma quinta dimensão, relacionada à cibernética e ao comércio de computadores (era digital). (COSTA & REIS, 2011, p.22).

Os que criticam essas últimas classificações defendem que tais direitos já estariam englobados dentro dos direitos de primeira geração/dimensão, pois afetam os direitos fundamentais de cada indivíduo.

Contudo, ante o contexto em que a sociedade se desenvolve certamente surgirão novas classificações de direitos, ou, ao revés, haverá um esvaziamento ou uma relativização destes. (COSTA & REIS, 2011, p.22).

Destarte, em qualquer das ocasiões, o que se almejará sempre será a procura efetiva pela vida humana digna.

1.4 – Direito à Saúde na Constituição Federal

Após passar por árduos anos sob o encalce do regime ditatorial o Estado brasileiro adotou a forma do Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal de 1988 veio com o claro intuito de redemocratização do país, trazendo como marco o reconhecimento dos direitos sociais como equivalentes aos direitos fundamentais.

Foi a primeira vez que a Constituição Federal adotou a essência da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, demonstrando claramente que o constituinte edificou os direitos humanos como um alicerce central. (BARRETTO, 2012, p.55).

Dentre tais direitos sociais encontra-se o direito à saúde considerado como direito público subjetivo de prerrogativa estatal e assegurado indistintamente a toda população, conforme art. 196 da CF, in verbi:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De tal modo, a lei não faz distinção alguma quanto à disponibilização e ascensão ao direito à saúde, englobando expressamente o acesso universal bem como a proteção e recuperação integral. Segue-se, portanto, os ditames traçados pela Organização Mundial de Saúde considerando esta como um estado de completo bem estar físico e emocional, não apenas como ausência de doença. (PRETEL, 2010).

Vendrame e Moreno (2011, p. 7-8) ressaltam que:

Para compreensão do tema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, considera-se que a sociedade brasileira encontra-se sob a proteção de um Estado Social Democrático de Direito e, como tal, tem o dever de agir, apresentando-se de maneira ativa, em prol da garantia da dignidade da pessoa humana, o que garante os demais direitos daí advindos. Logo, a atuação do Estado não representa uma faculdade, mas sim um dever, do qual este não pode, sob argumento algum, eximir-se.

(...)

A constituição Federal de 1988 estendeu e assegurou o direito à saúde como garantia a todos, pois intitulados pelo poder constituinte como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conferida expressamente no art. 196, inscrita no exato e preciso rol daquele conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça social.

Assim, podemos dizer que a Constituição vigente, aperfeiçoada com a evolução constitucional e o Direito Internacional, incorporou o direito à saúde como digno de tutela

jurisdicional, ocupando uma posição de dever do Estado e obrigando-o a tal prestação sempre que o bem da vida estiver em risco. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Deste modo, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, a saúde constitui-se como um direito público subjetivo oponível contra o Estado, cujo exercício e efetividade estão estritamente ligados a recursos materiais desenvolvidos por meio de políticas públicas. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Por direito subjetivo entende-se o “poder que o titular tem de fazer valerem seus direitos individuais”. (FARIAS & ROSENVOLD, 2011, p. 5).

Enquanto o direito objetivo refere-se às normas abocadas no ordenamento jurídico vigente, o direito subjetivo refere-se ao poder de exigir a efetividade de tais normas. Encontrando-se submerso em algumas características, como: sendo uma pretensão conferida ao titular, e, portanto, advindo de um dever jurídico imposto a outrem; possuindo possibilidade de violação, pois pode não ser efetivado da forma disposta; e coercível, podendo o titular coagir o sujeito passivo a efetivá-lo e cumprir seu dever; e tendo seu exercício estritamente ligado a vontade do titular. (FARIAS & ROSENVOLD, 2011, p. 6).

Em outras palavras, voltando ao objetivo do presente trabalho, entendido pela hiperatividade da norma constitucional, do dever jurídico de alcançar o objetivo da norma, ou seja, um dever relacionado ao dever do Estado, qual seja, a prestação de serviço à saúde, que quando não fornecida de forma correta pode ser exigida, cobrada, até mesmo por meio de medida judicial. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Destarte, não obstante a tal característica de direito subjetivo, o que deve ser almejado é a concretização da saúde sem a necessidade de tal interferência, pois considerada como bem jurídico atrelado e indissociável à vida.

Ademais, pelo fato da Constituição de 1988 reconhecer seu caráter eminentemente social e abocar em seu art. 6º a saúde como um direito fundamental social exige do Estado efetivação nas prestações positivas, sob pena de ineficácia de sua atividade estatal. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

1.5 – Direito à Saúde e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O art. 1º, III, da Constituição Federal positiva a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, constituindo um núcleo central de irradiação dos direitos

humanos, devendo, portanto, ser levado em consideração por todas as áreas do Direito. (BARRETTO, 2012, p.54).

No mesmo sentido Tavares menciona “como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art.1º”. (2003, p. 405).

Por fundamento estende-se aquilo que dá sustentação a algo, que serve como base, pressuposto. “os fundamentos do Estado são os alicerces de sustentação do Estado, são pressupostos em cima dos quais o Estado se desenvolve.” (BARRETTO, 2012, p.54).

Portanto, ao trazer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República passa-se a pressupor que o texto constitucional exige que a dignidade da pessoa humana seja analisada como um parâmetro orientador. (BARRETTO, 2012, p.54).

Nas palavras de Sarlet (2002, p. 68):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988 (LGL\1988\3)), o nosso Constituinte de 1988 - a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Assim, nada mais correto do que compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana não apenas como uma consequência histórica e cultural, mas sim como valor essencial de todo e qualquer ordenamento constitucional, devendo este trabalhar em prol da sociedade. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Farias e Rosenvald (2011, p. 136), aduzem que:

O mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1998 é a *dignidade humana*, (...) Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica

e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.

Trata-se, portanto, de um norte à ordem jurídica, sendo que a instrumentalidade desse princípio mostra-se na possibilidade de ser utilizado como parâmetro objetivo de aplicação e interpretação do sistema jurídico. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

Mas, o que seria dignidade humana?

Primeiramente, a idéia de dignidade se deu segundo um pensamento religioso, ou seja, no ideal cristão, no sentido de que o Homem é criação de Deus assim como todas as coisas existentes no universo, portanto, feito a sua semelhança e possuindo certa participação na essência divina. (COMPARATO).

Tal concepção começa ser modificada por Francisco de Vitoria, que na expansão colonial espanhola defendeu que os índios, os quais estavam sendo escravizados, eram livres e iguais devendo ser respeitados como sujeitos de direitos não por suas crenças e religiões, mas sim em função do direito natural e da natureza intrínseca de Ser Humano. (SARLET, 2008, p. 32).

Também não podemos fugir da concepção Kantiana que entende a dignidade como parte da autonomia ética do ser humano, considerando tal autonomia como fundamento da dignidade do homem, sustentando, ainda, que o ser humano jamais pode ser tratado como objeto. Portanto, podemos dizer que, de certo modo, foi a partir do pensamento kantiano que a idéia de dignidade abandona de vez a concepção sagrada e religiosa. (SARLET, 2008, p.33).

Destarte, não obstante ao contexto histórico que envolver a concepção do que seria dignidade da pessoa humana, o que não podemos perder de vista é que a dignidade deve ser considerada como intrínseca, irrenunciável e inalienável a pessoa humana, independente do parâmetro cultural utilizado para conceituá-la, pois qualifica o ser humano como tal, e dele não pode ser retirado jamais. (SARLET, 2008, p. 44).

Não restam dúvidas, como bem menciona Sarlet “que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa”. (2008, p. 91-92).

Assim, verifica-se de forma clara a ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois não há que se falar em dignidade humana sem o reconhecimento e proteção de tais direitos. (SARLET, 2008, p.88).

Consequentemente, os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos negativos, em que o Estado somente os reconhece e assegura, seja na

condição de direitos positivos, em que o Estado atua com prestações positivas, há a necessidade de concretização da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2008, p. 94).

Ao falarmos especialmente dos direitos sociais de cunho prestacional temos a objetivação da proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma vida digna, no sentido de vida saudável, com a disponibilização de um mínimo existencial. (SARLET, 2008, p. 96-97).

Desta forma, sem a intenção de ser redundante, mas para fixarmos de forma clara e ostensiva, não há como negar a ligação dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois para a concretização de uma vida digna necessita da efetivação dos direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 99).

Infelizmente não é algo que se presencia, pois, paulatinamente, tomamos conhecimento de casos em que a dignidade humana é violada, tanto por violências diretas, como por preconceitos e pela miséria em que vivem milhões de brasileiros carentes das mínimas condições de sobrevivência. (BAHIA & ABUJAMRA, 2010).

E como objeto central do presente trabalho não podemos negar que esse desrespeito se encontra, diariamente, e, principalmente, na área da saúde, vez que os pacientes passam pelos mais variados tipos de dificuldades até serem atendidos e diagnosticados.

Segundo noticiários cotidianos tomamos conhecimento de casos onde pessoas passam horas em filas de espera, tanto para consultas médicas como para passarem por procedimentos cirúrgicos, ou, ainda, para conseguirem vagas em unidades de tratamento intensivo, sem mencionar as que morrem sem ao menos alcançarem tal direito.

Assim, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana transcende muito mais e além do que ele mesmo dentro do ordenamento jurídico, pois a partir dele emanam muitos outros princípios e valores, que devem ser observados pelo Estado sob pena de ineficácia em sua atividade precípua.

Isso influencia em todo contexto estudado até então, pois se o Estado não efetiva o direito à saúde como consequência fere os direitos fundamentais do cidadão, o que acarreta também na esfera da sua dignidade como pessoa e no seu direito a uma vida digna e saudável, que é o fundamento principal da República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL

Sendo a responsabilidade civil instituto jurídico que visa à reparação de um dano causado, tendo como escopo central restaurar o equilíbrio moral e/ou patrimonial que se desfez com tal conduta danosa, busca-se neste capítulo entender de forma sucinta e geral as problemáticas e desenvolvimentos que abrangem tal tema, bem como seu contexto histórico e as espécies como se apresenta.

2.1 – Evolução Histórica

O instituto da responsabilidade encontrasse desde os primórdios da civilização, prevalecendo primeiramente a denominada vingança coletiva, caracterizada por uma repulsa conjunta do grupo social contra o agressor quando este causava dano a um de seus integrantes. Evoluindo para uma relação individual, cujo indivíduo que sofreu o dano exercia justiça pelas próprias mãos, imperando a Lei de Talião, da máxima “olho por olho, dente por dente”, ou seja, passou-se a prevalecer à vingança privada. (DINIZ, 2003, p.9).

Posteriormente, surgiu à idéia da composição, passando-se a considerar mais razoável buscar a restauração do dano por meio de pagamento de quantia certa, que poderia ser efetuada através de dinheiro ou bens, ao invés de qualquer tipo de tentativa de vingança pessoal. (GONÇALVES, 2014, p.25).

Mas pode-se dizer que somente com a Lei Aquília que surge um princípio geral regulador da reparação do dano, impondo que o causador ficaria obrigado a suportar em seu patrimônio o ônus da reparação, isentando-se de responsabilidade caso não existisse culpa. Contudo ainda não havendo distinção entre a responsabilidade civil e a penal, que se deu somente na Idade Média com a estruturação da idéia de dolo e culpa em *stricto sensu*. (DINIZ, 2003, p.10).

Por fim, foi na França que a teoria da responsabilidade civil se estabeleceu, o qual, conforme menciona Maria Helena Diniz, acabou influenciando quase todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

No Direito Brasileiro o Código Criminal de 1830 segundo determinações impostas pelo Império transformou-se em um código civil e criminal, buscando-se uma reparação natural sempre que possível, ou, quando não, impondo a obrigação de indenizar, contudo condicionando esta a uma condenação criminal. Posteriormente passou a ser adotado o

princípio da independência jurisdicional, que veio a distinguir de forma cabal a responsabilidade civil da penal. (GONÇALVES, 2014, p.27)

Em 1916, o Código Civil sendo uma jurisdição autônoma e independente filiou-se a teoria subjetiva, exigindo a prova de dolo ou culpa para a configuração da obrigação de reparar. (GONÇALVES, 2014, p.27)

Porém, com o surto do progresso e desenvolvimento industrial multiplicaram-se os danos, surgindo à necessidade de novas teorias a fim de proteger as vítimas de forma mais abrangente. (GONÇALVES, 2014, p.27)

Passou-se a considerar a teoria do risco, que, como leciona Gonçalves: (2014, p. 27-28).

Sem substituir a teoria da culpa, cobre mais hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente do trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.

Assim, a teoria do risco fundou-se na idéia de que todo aquele que exerce atividade de risco toma para si a responsabilidade de reparar os danos decorrentes desta, independente de caracterização de dolo ou culpa.

Ainda nos ensinamentos de Gonçalves: (2014, p. 28).

No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. Conforme assinala RIPERT, mencionado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

Conclui-se que, primeiramente buscou-se a idéia de culpa para que a partir daí pudesse fundamentar a responsabilidade civil. Entretanto, com o passar do tempo e a evolução da sociedade surgiu à necessidade de que, em algumas situações, a fundamentação da responsabilidade civil se desse sem a precisão de comprovação de tal elemento, como ocorre nos arts. 927, parágrafo único, 933, 936, 937, 938 e 1.299. Adotando-se, assim, a responsabilidade subjetiva como regra geral, e a objetiva para os casos especificados em lei,

ou, por inteligência do parágrafo único do art. 927, para as atividades que sejam consideradas perigosas ou de risco. (GONÇALVES, 2014, p. 30).

2.2 – Espécies de Responsabilidade

I - Responsabilidade penal e responsabilidade civil:

Partindo do pressuposto que o instituto da responsabilidade nasce sempre que houver violação de um bem jurídico através de uma conduta voluntária que cause dano a outrem, temos que esta pode se apresentar tanto na perspectiva penal como na civil, ou até mesmo nas duas esferas concomitantemente. Isso porque, o fato de tais jurisdições serem distintas e independentes não obsta a situação em que uma cause reflexos na outra, assim pode haver situações em que uma conduta tipificada como crime também acabe ocasionando um dever de indenização na esfera cível. (VENOSA, 2006, p.16).

Por outro lado, não se pode discutir na jurisdição cível a ocorrência de um fato criminoso, muito menos sua autoria. Da mesma forma que a sentença penal absolutória não interfere de forma alguma na discussão quanto à caracterização da responsabilidade civil. (VENOSA, 2006, p.17).

A partir de tais concepções, como bem menciona Venosa: (2006, p. 17).

O círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo: o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto, a idéia de transgressão de um dever jurídico esta presente em ambas as responsabilidades. Cabe ao legislador definir quando é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública.

Podemos concluir que, na esfera penal com a ocorrência de um delito ou crime, busca-se resguardar mais os interesses da sociedade do que do individuo em particular. Já na esfera cível há uma preocupação maior com o individuo que sofreu o dano, tendo como escopo central restaurar o desequilíbrio patrimonial, ou indenizar o dano moral, psíquico, que foi causado a vitima. (VENOSA, 2006, p.18).

II - Responsabilidade contratual e extracontratual:

Primeiramente convém estabelecer que nas duas modalidades tem-se como base o elemento “culpa”, contudo na culpa contratual há uma obrigação pré-existente, de forma

expressa ou tácita, que não foi devidamente cumprida, portanto há a figura da inadimplência por uma das partes. Já na culpa extracontratual ou também chamada de culpa aquiliana, não há que se falar em tal figura, pois aqui o indivíduo viola um dever legal e não uma obrigação contratual. (GONÇALVES, 2014, p. 45-46).

O Código Civil trata da responsabilidade contratual nos arts. 395 e s. e 389, e da extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 e s., não dispondo nenhuma diferenciação entre ambas, a não ser a problemática da inadimplência bem como suas conseqüências. Criando, portanto, dois entendimentos divergentes: de um lado estão àqueles adeptos da teoria unitária ou monista, que criticam a diferenciação entre tais espécies de responsabilidade, pois ambas possuem os mesmos efeitos bem como a necessidade de preenchimento dos mesmos pressupostos: dano, ato ilícito e nexos de causalidade; de outro estão aqueles que concordam com tal diferenciação, apontando algumas distinções a fim de fundamentá-la, vejamos o entendimento de Gonçalves (2014, p. 46) sobre o tema.

A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao *ônus da prova*. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em conseqüência, houve o dano.

Outra diferenciação que se estabelece entre a responsabilidade contratual e a extracontratual diz respeito às *fontes de que promanam*. Enquanto a contratual tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil.

Gonçalves continua elencando outras diferenciações; quanto à capacidade do agente, já que nos contratos exige-se que as partes sejam plenamente capazes sob pena de nulidade, enquanto nos danos derivados da responsabilidade extracontratual o agente causador pode ser um incapaz, transferindo o dever de indenizar aos seus responsáveis legais. Portanto, na responsabilidade contratual a capacidade acaba sendo tratada de forma muito mais restrita; e quanto à graduação da culpa, entendendo que não obstante as duas espécies se fundarem na

culpa, na contratual ela seria apurada conforme cada caso concreto, não alcançando o extremo que se consegue chegar à culpa aquiliana.

Destarte, temos que a distinção entre ambas as espécies se dá apenas quanto ao fato gerador, em que a responsabilidade contratual se origina da inobservância de uma obrigação contratual, enquanto a responsabilidade extracontratual se origina da violação de um dever geral, sendo que ambas possuem a mesma consequência, qual seja, o dever de indenizar.

III - Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva:

Em regra, temos que a responsabilidade civil se funda na culpa, portanto o agente somente será responsabilizado caso reste comprovada a existência desta, optando, assim, o Código Civil pela responsabilidade subjetiva como ponto de partida para a análise dos casos. (GONÇALVES, 2014, p.48).

Como bem ensina Gonçalves: (2014, p. 48).

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Na mesma linha de raciocínio Diniz (2003, p. 40) observa que:

No nosso ordenamento jurídico vigora a regra de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos.

Contudo, há situações onde a responsabilidade de indenizar será imposta a certas pessoas sem a necessidade de tal requisito, ou seja, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa.

Portamo-nos novamente a obra de Gonçalves (2008, p. 30), que leciona da seguinte forma:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que

a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível.

Entende-se por presumida quando não há necessidade de comprovação de culpa por esta já estar implícita a tal situação, como ocorre no art. 936 do Código civil, que a culpa do dono do animal que causar dano a outrem é presumida, ficando a cargo deste comprovar alguma das excludentes para se dirimir da responsabilidade. (GONÇALVES, 2008).

Já nas situações em que prescinde totalmente da prova de culpa, busca-se fundamento na teoria do risco. Gonçalves (2008, p.31) entende que:

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

Assim, a teoria objetiva difundiu-se em vários dispositivos do Código Civil bem como em diversas leis esparsas, tomando como justificativa central o “risco”, pois com a evolução da sociedade e as diversas situações em que o instituto da responsabilidade civil pode nascer passou-se não ser mais aceita a concepção de comprovação do elemento culpa para surgir à obrigação, para certas pessoas em certos casos, de reparar um dano causado.

2.3 – Pressupostos da Responsabilidade Civil

Ao observar o instituto da responsabilidade civil, seja em qualquer de suas modalidades, nota-se que há a necessidade do preenchimento de alguns pressupostos (que em alguns casos exigirá uma complexidade maior que em outros) para que seja caracterizado o dever de indenizar.

Como já mencionado, o Código Civil em seu art. 186, adota como regra geral a responsabilidade subjetiva, portanto, sendo necessário a existência de quatro pressupostos, quais sejam, ação ou omissão, culpa, nexo de causalidade e dano.

I - Ação ou omissão do agente:

Entende-se por ação ou omissão do agente todo aquele ato, omissivo ou comissivo, dele mesmo, de terceiro que esteja sob sua responsabilidade, ou ainda de coisas que estejam em sua guarda. (RODRIGUES, 2002, p.14).

Como ato próprio, a responsabilidade se dá pura e simplesmente pelo princípio do dever legal de reparar, pois se alguém gera dano a outrem por ação pessoal e voluntária é coerente que deva reparar tal prejuízo. (RODRIGUES, 2002, p.14).

Na responsabilidade por ato de terceiro tal imputação se dá pelo fato deste estar sob a responsabilidade do agente, ou seja, o agente responde pelos atos causados pelo terceiro, tal como, os pais se responsabilizam pelos atos de seus filhos menores. Tal hipótese se apresenta por força de lei com o escopo de proteger a vítima podendo se apresentar tanto na modalidade aquiliana, como na contratual, como exemplo clássico, os hoteleiros, que se responsabilizam pelos furtos das bagagens. (RODRIGUES, 2002, p. 15).

E ainda pode se caracterizar por atos de animais que estejam sob sua guarda, ou por coisas que estejam sob sua posse, como as que tombem de sua morada. (RODRIGUES, 2002, p.15-16).

II - Culpa do agente:

O segundo pressuposto a ser estudado é a culpa ou dolo por parte do agente que praticou o ato. Por conduta culposa entendemos aquela que não quis, intencionalmente, ser praticada, mas ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia. Já por conduta dolosa entendemos ser aquela onde o agente quis praticar o ato com a intenção de causar o dano, ou o evento que o acarretou. (RODRIGUES, 2002, p.16-17).

Aqui, importante mencionar, conforme estudado até então, que quando se trata de responsabilidade na modalidade objetiva não há que se falar no preenchimento de tal pressuposto, ou seja, a comprovação de dolo ou culpa por parte do agente pouco importa para a caracterização do dever de indenizar, pois esta funda-se na idéia de risco.

III - Nexos de causalidade:

Tal pressuposto cuida da necessidade de relação de causalidade entre a conduta culposa (ou não, no caso de responsabilidade objetiva) do agente e o dano causado à vítima, em outras palavras, se o dano nada teve a ver com a conduta do agente não há que se falar em responsabilidade a ser imputada a este. (RODRIGUES, 2002, p.17).

Destarte, aqui se faz necessário uma pausa para introduzir o estudo das causas excludentes da responsabilidade, pois, mesmo que haja o elemento mencionado acima, mas

com o amparo de alguma excludente de responsabilidade, não haverá mais que se falar em responsabilidade a ser imputada ao agente.

Rodrigues (2002, p. 17-18) ressalta que:

Se o acidente ocorreu não por culpa do agente causador do dano, mas por culpa da vítima, é manifesto que faltou o liame de causalidade entre o ato daquele e o dano por esta experimentado. Se o automobilista atropelou e matou uma pessoa, ordinariamente deverá indenizar seus sucessores, na forma do art. 948 do Código Civil. Todavia, se resultar provado que a vítima, embriagada, tentou atravessar à noite uma auto-estrada, parece fora de dúvida que o acidente derivou de sua culpa exclusiva e desse modo faltou a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. De modo que o agente não deve indenização às pessoas que experimentaram dano pela morte do imprudente pedestre.

Da mesma maneira no caso fortuito ou de força maior, que, por igual, são excludentes da responsabilidade. O proprietário de um prédio que, ao ruir, despenca sobre outro inferior ordinariamente deve reparar o prejuízo causado ao dono deste. Entretanto, se ficar demonstrado que a ruína do prédio superior derivou de um terremoto ocorrido no local, o prejuízo deflui de caso fortuito, ou seja, de um evento externo que mãos humanas não poderiam evitar. De modo que, havendo o dano resultado não de comportamento culposo do agente que o causou, mas do fortuito, não há relação de causalidade entre os dois eventos, não surgindo a obrigação de indenizar.

Diante dos aspectos abordados não há dúvidas de que ao analisarmos o pressuposto do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima, se faz necessário a ponderação da ocorrência ou não de alguma das excludentes da responsabilidade, pois, caso existente, poderá eximir o agente da obrigação de indenizar.

IV - Dano experimentado pela vítima:

Por fim, o último pressuposto se apresenta como óbvio, pois não há que se falar em responsabilidade de reparação sem que haja um dano a ser reparado. O dano pode ser encontrado tanto na órbita material (patrimonial), como na moral (que não diminui o patrimônio da vítima, contudo causa-lhe uma dor psíquica, emocional), mas tem que ocorrer, pois sua ausência é um óbice para a caracterização de responsabilidade.

Vejamos a obra de Gonçalves (2014, p. 54-55), que ensina:

Mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropelar nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta.

A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.

Assim, frente aos aspectos abordados até então temos uma breve noção sobre o instituto da responsabilidade civil e seus aspectos gerais, passando, a partir de agora, ser objeto de análise a responsabilidade civil imputada ao Estado.

2.4 – Responsabilidade Civil do Estado

O Poder Público por ter como finalidade principal administrar os interesses dos particulares pode vir a violar direitos e causar danos. Quando isso ocorre, nasce o instituto da responsabilidade civil do Estado, que visa ressarcir o particular pelos danos sofridos em virtude de ações ou omissões do ente estatal.

2.4.1 – Evolução Histórica

O instituto da responsabilidade civil do Estado perante os atos que causem danos a terceiros trata-se não apenas de uma responsabilidade civil, mas sim de um ditame constitucional que obriga o ente estatal a reparar, como regra geral de forma objetiva e integral, todos os danos causados a seus particulares, exceto quando este esteja acobertado por alguma excludente de responsabilidade. Todavia, temos que nem sempre essa imposição foi imputada ao Estado de forma tão clara e abrangente, cujo contexto histórico foi marcado por três distintas fases, quais sejam, primeiramente a total irresponsabilidade estatal, passando-se a considerar posteriormente a responsabilidade subjetiva e finalmente alcançando os ditames atuais da responsabilidade objetiva do Estado. (MAZZA, 2012).

A fase da irresponsabilidade do Estado se deu devido ao absolutismo, em que imperava uma era de extrema soberania e os ditadores eram considerados acima da lei, sendo utilizada à máxima “o rei não pode errar”. Assim, tal concepção era um óbice à idéia de qualquer tipo de imputação de responsabilidade aos soberanos, estes eram considerados autoridades incontestáveis, portanto qualquer tipo de atribuição de responsabilidade aos seus atos seria como compará-los aos seus súditos, hipótese inadmissível à época. (MAZZA, 2012).

Superando a fase da irresponsabilidade, que se deu através de uma idéia de distinção entre os atos do império com aqueles praticados pelo Poder Público, criou-se a idéia da

responsabilidade subjetiva do Estado, também chamada de fase da responsabilidade civilística. Desta forma, aqui começa surgir uma preocupação em responsabilizar o Estado pelas condutas que prejudiquem os particulares, contudo ainda com certo óbice, o de comprovar o elemento culpa por parte do ente estatal, sendo que sem o preenchimento de tal requisito não havia que se falar em qualquer tipo de responsabilidade. (MAZZA, 2012).

A teoria da responsabilidade civilística embora muito mais evoluída que a fase da irresponsabilidade passou a ser deficiente ante a clara existência de hipossuficiência dos particulares em litigar contra o Estado, já que restava a estes a incumbência de comprovar a existência da culpa. (MAZZA, 2012).

Por conta do cenário mencionado acima e da conseqüente necessidade de adequação de forças entre a figura do Estado e da sociedade nos litígios que englobavam responsabilidade frente aos danos ocasionados aos administrados, surgiu à necessidade de criação de uma teoria que se enquadrasse melhor a realidade social. (MAZZA, 2012).

Finalmente criou-se a teoria da responsabilidade objetiva, também chamada de teoria publicista, que afasta a necessidade da comprovação de culpa, pois se fundamenta na idéia de risco, o Estado deve, por exercer atividade de risco, se responsabilizar pelos danos ocasionados mesmo quando estes não derivarem de culpa. (MAZZA, 2012).

Meirelles, (2006, p. 648) ao analisar tal contexto histórico, menciona que:

A doutrina civilística ou da *culpa civil* comum, por sua vez, vem perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre a Administração e os administrados.

Resta, portanto, a *teoria da responsabilidade* sem culpa como a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos.

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

A *doutrina do Direito Público* propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivo de terceiros.

Nessa tentativa surgiram as teses da *culpa administrativa*, do *risco administrativo* e do *risco integral*, todas elas identificadas no tronco comum da *responsabilidade objetiva da Administração Pública*, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem se falar nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes.

Vejamos as três teses, de forma sintetizada, para analisarmos qual delas foi acolhida pelo nosso ordenamento jurídico.

I - Teoria da culpa administrativa:

Tal teoria sucedeu-se como a primeira após a fase da responsabilidade civilística e funda-se na idéia da falta de serviço para dimanar a responsabilidade da Administração. Segundo Meirelles, (2006, p. 649):

É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*.

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

A *falta do serviço*, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço.

Portanto, para esta teoria se o dano advir de qualquer uma das hipóteses mencionadas acima a culpa por parte do Estado é presumida e, conseqüentemente, surge o dever de indenizar.

II - Teoria do risco administrativo:

Aqui não há a necessidade de falta do serviço, pois o simples fato de a Administração ter ocasionado o dano já a vincula a obrigação de indenizar. (MEIRELLES, 2006, p.649).

Ainda nas palavras de Meirelles (2006, p. 649.):

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem de culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a *falta do serviço*; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

Tal teoria é calcada na idéia do risco que o Estado gera a sociedade pelo simples fato de realizar suas atividades, portanto não importa se houve ou não culpa por parte da Administração, bastando apenas que a vítima demonstre o dano e que este adveio de ação ou omissão estatal. (MEIRELLES, 2006, p.649).

Importante mencionar que, aqui, não obstante ao fato de ser dispensável a prova de culpa por parte da Administração, temos que o Estado pode eximir-se do dever de reparar em todo ou parte, isto é, quando comprovada alguma excludente da responsabilidade, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima (tópico que será estudado a seguir).

III - Teoria do risco integral:

Não usual entre os ordenamentos jurídicos por se tratar de teoria extremada, a teoria do risco integral se caracteriza por ser aquela em que o Estado está obrigado a reparar todo e qualquer dano ocasionado aos administrados, mesmo quando esteja acobertado por excludente de responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima. (MEIRELLES, 2006, p.650).

No Brasil adota-se a teoria do risco administrativo, e não a teoria do risco administrativo integral, que se caracteriza como radical e abusiva. Vejamos a obra de Gonçalves, (2014, p.155) que menciona:

A Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, mas sob a modalidade do risco administrativo. Desse modo, pode ser atenuada a responsabilidade do Estado, provada a culpa parcial e concorrente da vítima. Não foi adotada, assim, a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral, que obrigaria sempre a indenizar sem qualquer excludente.

Portanto, com a adoção de tal teoria o Estado nem sempre será obrigado a indenizar, pois quando o dano causado for acobertado por alguma excludente de responsabilidade este se exime da obrigação, o que se observa claramente pelo art.37 da Constituição Federal, que traz em seu parágrafo 6º:

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

2.4.2 – Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade Estatal

Como vimos, através da adoção da teoria do risco administrativo, nosso ordenamento jurídico reconhece que há excludentes da responsabilidade estatal, ou seja, que há circunstâncias onde o Estado irá eximir-se, em todo ou parte, do dever de indenizar.

I - Culpa exclusiva ou culpa concorrente da vítima:

Por culpa exclusiva da vítima entendesse aquele prejuízo que se deu por conduta espontânea e voluntária do próprio prejudicado, isto é, quando a vítima é a única e exclusiva

responsável pelo dano ou pelo evento danoso, utilizando-se da prestação do serviço público para causá-lo a si mesma, como, por exemplo, pessoa que se joga na frente de viatura para ser atropelada, pessoa que comete suicídio na estação do metrô. (MAZZA, 2012)

Já na culpa concorrente, a vítima também contribui com a criação do prejuízo, contudo aqui ela não o faz de forma exclusiva, pois, o agente público concorre concomitantemente para a criação do dano, ou seja, há culpa por parte de ambos os lados. (MAZZA, 2012).

Desta forma, aqui não se fala em excludente mas sim em causa atenuante da responsabilidade, pois, o Estado também teve sua parcela de culpa na produção do dano. Como resolução para tais litígios faz-se prova pericial para apurar quem teve a maior parcela de culpa, efetuando posteriormente uma espécie de compensação, descontando-se da maior a menor, portanto utilizando-se os ditames da responsabilidade subjetiva. (MAZZA, 2012).

II - Força maior:

É um acontecimento que foge das forças do homem, é inesperado e incontrolável, portanto rompe o nexo de causalidade entre conduta e resultado, e assim não há que se falar em responsabilidade. Exemplo, terremoto que destrói cidades, vilas e casas. (MAZZA, 2012).

Importante ressaltar que, diferentemente são os casos onde se constate caso fortuito, afinal, este decorre de um acontecimento (ato) humano, portanto não exclui a responsabilidade do Estado, pois, “quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiro, não se pode falar em força maior.” (DI PIETRO, 2006, p.625).

III - Culpa de terceiro:

Aqui, a conduta que gerou o dano não foi praticada pelo ente estatal, ou seja, cuida-se de ato praticado por terceiro, particular, que nada tem a ver com a Administração Pública. (MAZZA, 2012).

Como menciona Di Pietro “como é o caso de danos causados por multidões ou por delinquentes”. (2006, p.625).

Podemos dizer que, as três excludentes estudadas até então se tratam de excludentes de causalidade, pois seu reflexo é romper o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, desobrigando o Estado de reparar o dano. (MAZZA, 2012).

Assim, a responsabilidade do Estado poderá ser excluída ou atenuada conforme cada caso concreto, se observada à caracterização de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, força maior ou culpa de terceiro.

Diante dos aspectos abordados não restam dúvidas de que o instituto da responsabilidade civil do Estado se faz necessário e crucial ante as diversas situações em que pode se apresentar, sem mencionar a grande gama de direitos e deveres que afetam ao ser identificada em cada caso concreto.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho a responsabilidade civil do Estado se encontra nos moldes do art. 37, §6º da Constituição Federal, respondendo de forma objetiva pelos atos lesivos que venha a praticar.

Tal imposição encontra sustento na idéia de que a atividade estatal, por si só, já é considerada de risco, sem mencionar seu alto caráter intervencionista, gerando assim, grandes probabilidades de ocasionar lesões e tendo, portanto, a responsabilidade de repará-los independentemente de qualquer demonstração de dolo ou culpa.

Tal aplicabilidade é indiscutível quando falamos em ações praticadas pelo Estado, ou seja, quando este pratica um ato e através deste ato gera dano a alguém, contudo quando o Estado se omite, deixa de fazer algo que deveria, parte da doutrina e jurisprudência tende a despendar certa relevância quanto à aplicabilidade do artigo supracitado, defendendo a teoria da responsabilidade subjetiva, incumbindo ao particular o ônus da prova.

De modo geral, tal entendimento se dá principalmente pelo verbo “causarem” disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, pois entendem que englobaria somente os atos comissivos, já que na omissão o Estado não atua e sim deixa de atuar, não causa o dano mas sim o condiciona.

Logo, o presente capítulo cuida da caracterização de tais atos bem como dos efeitos que eles geram na sociedade, e, ao final, as correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudências a cerca do tema, contribuindo para o melhor posicionamento.

3.1 – Caracterização dos atos omissivos

Por atos omissivos temos aqueles que fogem do dever de agir, passam a ser a causa do resultado pela inércia. O Estado deveria agir, mas não age, e por essa ausência de agir gera dano ao particular, sua conduta omissiva passa a ser o liame para a obtenção do resultado.

Conforme Gonçalves (2014, p.162), “A omissão “configura a culpa ‘in omittendo’ e a culpa ‘in vigilando’. São casos de ‘inércia’, casos de ‘não atos’. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir...”.

Desta forma, “o ato ou efeito de omitir. É o deixar de fazer, dizer ou escrever. É o não agir quando se esperaria que o fizesse”. (DICIONÁRIO INFORMAL).

Portanto, podemos falar em atos omissivos na prestação de serviço a saúde sempre que os usuários deixam de ser atendidos em hospitais ou postos de saúde; sempre que não

obtêm o tratamento médico necessário, seja com medicamentos corretos, ou atendimentos específicos; sempre que esperam para a liberação de leitos ou vagas em unidades de tratamento intensivo, dentre outros. Cenário que infelizmente se faz presente e cotidiano na vida dos brasileiros.

Quando tais situações se apresentam, para que possamos falar em responsabilidade do Estado por omissão na prestação de serviço a saúde tem que haver juízo de probabilidade estimável, de que, se a conduta omissiva houvesse sido praticada o dano não teria ocorrido, ou teria ao menos sido amenizado. Portanto, deve ser analisado se a conduta omissiva foi determinante para a produção do resultado bem como se era dever do Estado praticá-la. (POLAINO).

Deste modo, o Estado atua com uma má prestação de serviço público, restando claramente identificada à teoria da falta do serviço (*faute du service*), pois caracterizada quando presente falhas nos serviços públicos (serviços não funcionaram, quando deveria funcionar, funcionaram atrasado, ou mal). (POLAINO).

Di Pietro (2012, p. 616), discorre que:

O Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, como numa enchente, por exemplo, mas sim se ficar demonstrado que com a realização de serviços de limpeza em rios ou bueiros e galerias de águas pluviais, teria sido suficiente para impedir a enchente e conseqüentemente para evitar o dano ou mitigar seu resultado, já que as chuvas são inevitáveis e perfeitamente previsíveis.

Por outro lado, ação e omissão podem ser consideradas apenas como formas distintas de descrever uma mesma conduta, pois, por exemplo, se um motorista de um carro oficial ao se envolver em uma colisão não parou o veículo a tempo de evitá-la, sua conduta pode ser descrita tanto como comissiva, quanto omissiva, pois ele pode ter deixado de frear ou apenas ter continuado acelerando. (COELHO, 2006, p. 369).

A fim de adentrarmos melhor no assunto passaremos a analisar as correntes doutrinárias que tratam sobre o assunto.

3.2 – Correntes Doutrinárias

Conforme já mencionado, a responsabilidade civil do Estado frente aos atos lesivos praticados contra seus particulares é fundada sob a teoria da responsabilidade objetiva, em

que dispensasse a comprovação de dolo ou culpa por parte do ente estatal, art. 37, §6º da Constituição Federal.

Conduto, parte da doutrina entende que quando a conduta do Estado for omissiva afastasse a aplicabilidade do artigo supracitado, passando a ser utilizada a teoria da responsabilidade subjetiva, devendo, necessariamente, ser apontado o ato ilícito. Ou seja, demonstrar a existência de dolo ou culpa por parte do ente estatal.

Posicionamento completamente oposto a aquele que entende pela interpretação literal da Constituição, em que independe o ato ter sido comissivo ou omissivo, a responsabilidade sempre será objetiva.

Para a corrente doutrinária que tem por base a teoria da responsabilidade subjetiva, entendendo imprescindível a análise e comprovação do elemento culpa, partilham os seguintes doutrinadores: Celso Antônio Bandeira de Mello, Lucia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros.

Tais defensores, com pequenas variações de entendimento, sustentam tal posição calcados na teoria da falta do serviço (*faute du service*), restando caracterizada em três situações: na ausência do serviço, no serviço defeituoso, e na demora do serviço; pois entendem que o Estado não agiu, não causou o dano, mas sim o condicionou, devendo portanto ser responsabilizado somente se caracterizado dolo ou culpa.

Segundo Mello (2004, p. 895-896):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só pode responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva.

Portanto aqui o autor entende que não basta somente a relação entre falta de serviço e dano experimentado pelo usuário, é imprescindível que haja o elemento culpa (negligência,

imprudência e imperícia), ou dolo, em não cumprir imposição de lei, ou seja, deve haver uma obrigação jurídica pré existente, que não foi devidamente cumprida.

Assim, sua conduta omissa será responsabilizada sempre que sua atuação for incompatível com as possibilidades normais de um serviço organizado e competente, pois a omissão seria condição do dano e não causa. (MELLO, 2004, p.897).

Ainda nas palavras de Mello (2004, p.897), “Causa é o fator que positivamente gera o resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”.

Mello continua a linha de raciocínio mencionando que admitir a responsabilidade objetiva nos casos de omissão estatal seria o mesmo que erigir o Estado como “segurador universal”, pois poderia ser acionado por toda e qualquer situação.

Figueiredo (2001, p. 260), ao analisar a responsabilidade dos atos omissivos aduz que:

Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute de service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.

Di Pietro (2008, p. 618-619), também entende pela responsabilidade subjetiva, aduzindo que:

A responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público: não funcione, quando deveria funcionar, funcione atrasado, ou funcione mal. (...) No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. (...) isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver do dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A culpa está embutida na idéia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.

Já para a corrente doutrinária que tem por base a teoria da responsabilidade objetiva, entendendo pela dispensabilidade do elemento culpa, partilham os seguintes doutrinadores: Hely Lopes Meirelles, Diogenes Gasparini, dentre outros.

Meirelles (2006, p.654) leciona que:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

Por isso incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, os alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm o direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

Observa-se que para Meirelles quando o Estado se coloca no papel de administrador e zelador da sociedade assume os riscos para a consecução de seus fins e responde por eventuais atos lesivos, sejam eles advindos de ações ou omissões estatais. Portanto, responde de forma objetiva por todo e qualquer ato público, até mesmo os caracterizados pela falta anônima do serviço, pois esta falta está, necessariamente, dentro dos riscos assumidos pela atividade precípua do Estado.

Gasparini (1992, p.618), comungando do mesmo entendimento de Meirelles, menciona que:

O texto constitucional em apreço exige para a indenização uma *ação* do agente público, dada a utilização do verbo *causar* (“causarem”). Isto não significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos. Os danos são causados por ação ou omissão do agente público. “O essencial”, assegura Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo, cit, p.554), “é que o agente da Administração haja praticado o ato ou omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”. Desta forma, não cremos assistir razão aos que entendem haver responsabilidade objetiva somente nos casos de ação do agente público. Para nós, a responsabilidade objetiva tanto decorre de uma ação como de uma omissão.

Interessante se faz o ensinamento de Gasparini, pois cita claramente que o fato do art. 37, §6º da Constituição Federal abocar o verbo “causarem” em sua transcrição original não obsta em nada a configuração do dever de indenizar, de forma objetiva, os danos causados por omissões do Estado, pois, se este origina um dano tem o dever de repará-lo, independentemente de ser através de uma ação ou omissão, já que faz parte dos riscos que assume para a consecução de suas atividades.

Aqui, importante observar o entendimento intermediário feito por Sérgio Cavalieri Filho, trazendo uma separação na matéria ora suscitada. Para ele a omissão pode ser caracterizada de duas formas distintas, devendo ser analisada em cada caso concreto; na primeira, chamada omissão genérica, entende que se aplicará a teoria da responsabilidade subjetiva; na segunda, chamada omissão específica, entende que se aplicará a teoria da responsabilidade objetiva. (ANDRADE, 2013).

Pela omissão específica, temos a situação em que o Estado tinha um dever de agir e não o fez, passando a ser a causa direta e imediata do evento danoso. Já na omissão genérica, temos a situação em que não há como se exigir do Estado uma ação específica. (ANDRADE, 2013).

Por exemplo, se um veículo sem condições normais de trafego causar um acidente por defeito no freio, a Administração não pode ser responsabilizada por este veículo ainda estar trafegando e ter causado o acidente, caracterizando uma omissão genérica. Já se, na mesma situação, o veículo tivesse sido liberado em uma vistoria, haveria uma omissão específica, e, portanto, o Estado poderia ser responsabilizado. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 248).

Posicionamento este também corroborado por Farias e Rosenvald (2011, p. 416-418), que mencionam:

Sobreleva abordar, ainda, importante questão decorrente da responsabilidade civil do Estado. Trata-se de definir o alcance da responsabilidade objetiva do Estado, estabelecendo se a responsabilização do Estado é objetiva (independendo da culpa) para as condutas comissivas e omissivas do Poder Público ou se, diferentemente, ficaria restrita as condutas comissivas, impondo ao particular ofendido provar a culpa do Poder Público pelos prejuízos decorrentes de condutas omissivas.

Em que pese as divergências doutrinárias acerca do tema, a questão tem solução na própria norma constitucional. É que a atividade administrativa aludida no dispositivo constitucional (art. 37, §6º) abarca tanto as condutas comissivas, quanto as condutas omissivas (...) Deve o particular, então, demonstrar que a omissão estatal foi o fato deflagrador do dano causado

(estabelecendo, assim, o imprescindível nexo de causalidade). Não é, pois, qualquer omissão estatal que gera o dever de indenizar. Somente aquelas a partir das quais decorre o próprio evento lesivo.

É oportuno, inclusive, espantar o eventual receio de alguns juristas de que a responsabilização objetiva do Estado por condutas omissivas pudesse gerar uma imputação geral de responsabilidade ao Poder Público. É preciso perceber, a partir de simples análise da teoria da responsabilidade civil, que, além da conduta omissiva estatal, devem estar presentes os demais pressupostos do dever de indenizar, quais sejam, *dano e nexo de causalidade*, exigindo-se que o prejuízo sofrido pela vítima (patrimonial ou moral) seja decorrente de *conduta omissiva direta e imediata* do Poder Público, como se depreende da simples leitura do art. 403 do Código Civil. Exemplificando: não se pode imputar ao Estado a responsabilidade por um assalto em via pública. Todavia, se o local em que se praticou o delito não tinha policiamento, apesar de alta incidência criminógena, ou se o policial que se encontrava ali quedou inerte, haverá responsabilidade do Poder Público independente de culpa, por conduta omissiva.

Desse modo, tal teoria delimita a responsabilidade através da análise da caracterização de culpa genérica ou específica.

3.3 – Posicionamentos Jurisprudenciais

Não obstante a proposta primordial do presente trabalho, que é analisar a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão na prestação de serviço à saúde, utilizaremos julgados não apenas concernentes a área da saúde, mas também concernentes a outras áreas do direito, como forma de melhor elucidar o entendimento jurisprudencial nos casos de omissão.

Primeiramente analisaremos a parte da jurisprudência que entende pela teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, considerando imprescindível a demonstração de dolo ou culpa por parte do Estado. Posteriormente analisaremos os adeptos a teoria objetiva, entendendo pela aplicabilidade do art. 37º, §6º da CF, tanto para os casos de ação, como para os casos de omissão estatal.

Como adepto a aplicabilidade da teoria subjetiva, o Desembargador Maurílio Almeida de Abreu, em julgamento da Apelação Cível n. 035030115204, em 19/05/2010, decidiu da seguinte forma:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - APELAÇÃO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO PELO RELATOR - AGRAVO INTERNO - PRONUNCIAMENTO DO ÓRGÃO COLEGIADO - VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - EVENTUAL NULIDADE

SANADA - ATO OMISSIVO DO ESTADO - DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE.

I - A decisão colegiada, em sede de agravo interno, sana qualquer má utilização da faculdade prevista no art. 557, caput, do CPC.

II - Da análise dos fatos, pode-se constatar que o irmão da agravada, após o acidente em que o mesmo veio a ferir-se com um prego enferrujado, procurou o Posto de Saúde, onde lhe foi aplicada a vacina anti-tetânica e, várias vezes procurou o hospital para atendimento sobre o mesmo problema e, ao que se vê, os médicos não analisaram o caso com o devido cuidado, como é de esperar de todo e qualquer profissional desta área.

III - Esta constatação está corroborada pelo conjunto probatório acostado aos autos, onde se vislumbra que houve uma demora da parte dos médicos que o atenderam em detectar o real quadro de saúde em que se encontrava o *de cujos*, especialmente em razão deste ter procurado o hospital por três vezes com o mesmo quadro clínico e apenas na terceira delas é que este foi devidamente avaliado. E desta avaliação, através de um simples exame de sangue foi constatado o quadro infeccioso que acometia o irmão da agravada, bem como sua gravidade. Este entendimento nos conduz à conclusão que, se na primeira ou segunda vez o exame de sangue tivesse sido solicitado e analisado, poderia ter sido contida a evolução do quadro infeccioso e, fatalmente estaria hoje ele no convívio de seus familiares.

IV - **Surge então a responsabilidade civil do Estado, ante a conduta omissiva de seus agentes, porém, para que haja o dever de indenização, mister ficar caracterizada a culpa ou dolo da Administração, neste sentido, vislumbro que os médicos que atenderam o *de cujos*, não observaram as cautelas que deles exigiam, pois houve uma demora na realização dos exames a fim de investigar o estado de saúde em que se encontrava o irmão da agravada. Nesta esteira, tenho que houve uma postura negligente por parte dos médicos, eis que os mesmos não foram diligentes em suas atuações e, por estas razões, vejo como caracterizada a conduta culposa dos agentes públicos.**

V - **Tenho assim, que resta devidamente comprovada a responsabilidade subjetiva do Estado**, eis que estão presentes os requisitos necessários para tanto, vez que houve a ocorrência do dano, caracterizada pelo evento morte; nos fundamentos supracitados, tenho restou devidamente comprovado a negligência da administração e o nexó de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público, também restou demonstrado.

[...]. (grife nosso).

Podemos observar que houve omissão no dever legal de prestação de serviço à saúde, pois mesmo o paciente comparecendo três vezes ao hospital com quadro clínico de piora os médicos não efetuaram o atendimento de forma correta e eficaz, sem ao menos realizarem um simples exame de sangue, necessidade que restava evidente ante o problema do paciente, vindo este a agravar seu estado de saúde e acarretando no falecimento.

Observasse que, não obstante a análise minuciosa de todo o contexto fático, o Desembargador foi incisivo na perquirição do elemento culpa, caracterizada no presente caso por negligência médica, para que pudesse fixar a responsabilidade civil do Estado. Assim, mesmo com a análise do dano, da omissão médica e do nexó de causalidade entre ambas, o

Ilustríssimo Desembargador não dispensa a análise do elemento culpa para a fixação do dever de indenizar.

No mesmo sentido O Ministro Carlos Velloso, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 369820, em 04/11/03, aduz que:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL.
RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes**, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la [...]. STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (STF, RE369820/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 27/02/2004, p. 38). (grife nosso).

Desta forma, pelo trecho colecionado acima, resta claro o entendimento pela responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal, pois indispensável se faz a comprovação do elemento culpa.

Na Primeira Turma também há forte entendimento pela teoria subjetiva devido posicionamento do Ministro Marco Aurélio, que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 140270, em 15/04/1996, entendeu da seguinte forma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MOLDURA FÁTICA – ENQUADRAMENTO – VIABILIDADE. Dizer-se do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais que lhe são próprios pressupõe, sempre, a consideração de certas premissas fáticas. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional dos parâmetros da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado na via excepcional do extraordinário, com o revolvimento da prova coligida. Mister se faz a fuga às generalizações, tão comuns no afã de economizar tempo e emprestar ao Judiciário a celeridade reclamada pelos jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o extraordinário, já na fase de conhecimento perquire o acerto, ou o desacerto, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem natural das coisas, procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende alvejado.

RESPONSABILIDADE CIVIL – ESTADO – MORTE DE POLICIAL MILITAR – ATO OMISSIVO VERSUS ATO COMISSIVO. Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre o ato comissivo – liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços – incide a responsabilidade objetiva. (STF, RE 140270, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 18/10/1996). (grife nosso).

Observasse que o Desembargador faz questão de separar a matéria ora discutida deixando evidente que a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos danosos praticados contra seus particulares somente se aplica para os casos de ação estatal, e não para os casos de omissão.

Já para o Desembargador Raimundo José Barros de Sousa a responsabilidade civil do Estado se dará sempre na forma do art. 37º, §6º da Constituição Federal, ou seja, na forma objetiva, conforme julgamento da Apelação Cível n. 0001674-81.2012..8.10.0052, em 27/04/2015, que segue abaixo.

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. OMISSÃO. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. GESTANTE COM SANGRAMENTO. RESPONSABILIDADE DO AGENTE ESTATAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º. DACR/88. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR CIRCUNSCRITO AOS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNANIMIDADE 1.**

Omissão estatal no atendimento de gestante em hospital. Sangramento. 2. **Responsabilidade civil objetiva do Estado - art. 37, § 6º. da CR/88. 3. O direito à saúde constitui direito fundamental do homem, sendo corolário do direito à vida.** 4. As provas colacionadas demonstram que a apelada, em estado gravídico e necessitando de atendimento emergencial não fora prontamente atendida, embora apresentasse sangramento, logo presentes conduta, nexos de causalidade e dano, elementos suficientes para responsabilidade civil objetiva do estado. 5. Danos morais configurados. Valor arbitrado atende aos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade. 6. Sentença mantida. 7. Apelo conhecido e improvido. Unanimidade. (grife nosso).

Portanto, a comprovação do elemento culpa não muda em nada a caracterização da responsabilidade civil do Estado, pois restou evidente que a paciente necessitava de atendimento emergencial, e mesmo estando grávida e apresentando sangramento, não foi efetuado de forma eficaz evidenciando que o dano foi decorrente de omissão médica.

Da mesma forma, no Recurso Extraordinário n. 481110, julgado em 06/02/2007, e também no Recurso Extraordinário n. 409203, julgado em 07/03/06, entende-se que a responsabilidade civil do Estado se apresenta nos moldes do art. 37º, §6º da CF, conforme ementas colecionadas abaixo:

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva Imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Precedentes.

- O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.

- A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.

Doutrina. Precedentes.

- Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes.

- Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente.

Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.

(STF, RE-AgR 481110, Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 09/03/2007) Votação unânime, ausente justificadamente o Senhor Ministro Joaquim Barbosa).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA.

ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.

Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro.

Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 409203, Rel. para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 20/04/2007)

Aqui, como em outros julgados apresentados acima, percebesse que o nexo de causalidade foi determinante para a configuração da responsabilidade estatal, pois este delimita claramente o liame entre a conduta omissiva do Estado e o dano experimentado pela vítima.

Já para a Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, no julgamento da Apelação Cível n. 70033566373, de 26/05/2010, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Estado responde de forma objetiva sempre que for caracterizada omissão específica.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ART. 37, § 6º DA CF. PERDA DA VISÃO DO OLHO DIREITO. ACIDENTE EM PRESÍDIO. DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO.

Conforme vem entendendo esta Corte e o STF, quando há uma omissão específica do Estado, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, § 6º da CF. No caso concreto, restou devidamente demonstrado o nexo causal entre o dano, perda da visão decorrente da queda de detento enquanto executava suas tarefas na cozinha do Presídio, e a omissão do Estado, notadamente no dever de preservar a incolumidade física dos detentos, de modo que deve ser confirmada a sentença que reconheceu a responsabilidade civil do ente público. Valor da indenização, contudo, diminuído. Sucumbência recíproca não reconhecida. (grife nosso).

Resta evidente que a Desembargadora adota a linha de raciocínio trazida por Sérgio Cavalieri Filho, em que separa as condutas omissivas do Estado em duas categorias, as chamadas omissões específicas, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva, e as chamadas omissões genéricas, aplicando-se a teoria da responsabilidade subjetiva, conforme estudado no tópico anterior. Assim, para a caracterização do dever de indenizar sem a

necessidade da comprovação do elemento culpa tem que restar comprovado no caso concreto que o Estado agiu através de uma omissão específica, caracterizada por um dever legal, pré existente, e não cumprido, que deu causa direta e imediata ao dano.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível n. 1.0707.02.052575-4/001, julgada em 06/04/2010, decidiu:

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MENOR MORTO EM FESTA PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE VARGINHA. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA. DANO MORAL.- O Município que organiza evento destinado ao público, mas não adota conduta alguma no sentido de policiar e revistar as pessoas que a ele irão comparecer, responde civilmente pela morte de menor causada por terceiro que portava arma branca. (grife nosso).

Observasse que o fato do município ter promovido o evento público e não ter despendido organização e policiamento correto para o mesmo acarretou em omissão específica, pois tinha o dever de agir de tal forma e não o fez, devendo ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados.

Após a análise dos julgados colecionados no presente tópico depreendesse que, da mesma forma como ocorre na doutrina, não há entendimento majoritário sobre o tema, sendo utilizadas as três correntes estudadas até então de forma esparsa pelos Tribunais do país. Desta forma, pretendemos concluir o trabalho com uma perspectiva final de qual teoria se apresenta como a mais correta, a fim de contribuir com a melhor solução para os litígios que envolvem responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, principalmente quando tratamos de omissões concernentes aos serviços de saúde pública, pois afetam diretamente no direito à vida, bem como na dignidade da pessoa humana.

3.4 – Perspectiva Final – Art. 37, §6º, CF

Conforme visto até então resta evidente a divergência frente à interpretação do art. 37, §6º, CF, em que tanto a doutrina como a jurisprudência não alcançam um consenso sobre a aplicabilidade da teoria objetiva perante as condutas omissivas praticas pelo Estado. Desta forma, não nos parece prudente finalizar o presente trabalho sem uma contribuição sobre qual teria se apresenta como a mais correta, tomando-se por base uma perspectiva constitucional frente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, bem como uma análise do

fundamento da responsabilidade do Estado, e o intuito da lei ao definir a teoria objetiva do risco administrativo para os atos praticados pelo ente estatal, busca-se alcançar a melhor solução.

Examinar os fundamentos da responsabilidade do Estado significa buscar motivações que possam ensejar a imputação de tal encargo. A primeira e mais óbvia se apresenta como aquela que busca o dever de indenizar pela decorrência da prática de algo ilícito, ou seja, através de uma conduta caracterizada por dolo ou culpa. A segunda se apresenta como aquela que busca o dever de indenizar pela decorrência da prática de algo injusto, ou seja, que trouxe algum tipo de dano a outrem, independentemente de a conduta ser caracterizada por dolo ou culpa. (BASTOS, 1999, p. 339-340).

Assim, a teoria do ato injusto é plausível na análise de casos onde se aplica a teoria da responsabilidade objetiva, pois esta teoria está adstrita a prática de um ato que gerou dano a outrem, mesmo que tenha sido pautado na mais correta legalidade. (BASTOS, 1999, p. 340).

Destarte, não podemos esquecer que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado se dá em função da atividade precípua que desenvolve, pois assume para si o dever de zelar pela vida, liberdade e integridade de cada cidadão, devendo cobrir os riscos de eventuais ações ou omissões que possam vir a causar prejuízos ao particular.

Portanto, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal seguiu a linha da responsabilidade civil objetiva da administração pública sob a modalidade do risco administrativo, pois com o simples exercício de suas atividades as chances de causar danos aos particulares são enormes, devendo assumir os riscos para a sua execução. Tais riscos cobrem tanto os atos comissivos como os omissivos, pois a ocorrência da falta anônima do serviço, por si só, já está na área dos riscos assumidos pelo Estado para a consecução de seus fins. (MEIRELLES, 2006, p. 654).

Deste modo, não há aceitabilidade alguma na idéia de que a responsabilidade do Estado seja subjetiva somente pelo fato do dano ter sido gerado por um ato omissivo, o intuito da lei não foi em momento algum dividir os atos da Administração e responsabilizar somente estes ou aqueles, mas sim responsabilizar todos, pois a atividade que a Administração executa possui caráter intervencionista e de alto risco. Este sim é o fundamento do encargo que a lei atribui ao Estado, portanto devendo abocar tanto as condutas comissivas como as omissivas.

Observa-se o intuito da lei de resguardar o direito do particular até mesmo pelo fato da evolução que o legislador originou com a redação do referido artigo, pois estabeleceu que todas as entidades estatais bem como seus desdobramentos administrativos são responsáveis

pelos danos causados a terceiros através dos atos praticados por seus servidores, diferentemente de edições anteriores, que excluía a responsabilidade objetiva das pessoas físicas e jurídicas que exerciam funções públicas delegadas, na forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Tal evolução se originou devido o pensamento de não ser correto, muito menos aceitável, que o simples fato de ocorrer à transferência da execução de uma obra ou serviço originariamente público a um particular descaracterizasse sua essência de serviço público e liberasse o novo executor da responsabilidade que teria o Estado se o realizasse diretamente, colocando obstáculos ao particular que passaria a arcar com o ônus da prova. (MEIRELLES, 2006, p. 653).

Neste sentido, a expressão “agente” foi utilizada de forma acertada, pois engloba o sentido genérico de servidor público, cobrindo, em se tratando de responsabilidade civil, todos aqueles incumbidos da execução de algum tipo de serviço público, seja ele em caráter permanente ou transitório. O que importa é se a prática do ato ou omissão foi cometida por alguém na qualidade de agente público, não necessariamente no exercício de suas funções, mas apenas sob tal incumbência. (MEIRELLES, 2006, p. 654).

Ainda nas palavras de Meirelles (2006, p. 654), “para a vítima é indiferente o título pela qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência”.

Além disso, sob a perspectiva do contexto histórico da responsabilidade civil do Estado, analisa-se que a modalidade da responsabilidade objetiva foi utilizada com o intuito de igualar forças entre o ente estatal e o particular nos litígios que englobavam discussões sobre responsabilidade, pois o usuário se encontrava em clara situação de hipossuficiência na relação processual. (MAZZA, 2012).

Portanto, admitir que a responsabilidade civil do Estado frente aos atos omissivos que gerem danos aos particulares seja analisada na modalidade subjetiva seria o mesmo que retroceder em todos os avanços e conquistas adquiridos até então. Seria como ir contra o objetivo central da lei, que é atribuir ao Estado uma responsabilidade especial frente ao alto risco que assume para a execução de suas atividades. Como bem menciona Bastos (1999, p. 339), “como o Estado mobiliza instrumentos de grande potencial lesivo, ao assim fazer, está ele de antemão assumindo o risco pelos danos que daí advenham”.

Desta forma, não há lógica alguma em desconsiderar tal fundamento pelo simples fato do dano ter advindo de uma omissão estatal, principalmente quando este fere direitos fundamentais do cidadão.

Ora, as omissões por parte do Poder Público no que tange seu dever legal de prestação de serviço à saúde não afeta somente o direito em si, ou seja, o direito subjetivo que todo cidadão possui de receber saúde pública digna, eficaz e efetiva em todo território nacional, visando tanto a falta de doença, como o bem estar físico e mental, mas também afeta outros direitos, princípios e valores concernentes ao homem, pois, ao omitir-se na prestação de serviço à saúde o Estado fere, de forma direta, valores maiores da Constituição, como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

Conclui-se, portanto, que não obstante ao fato do direito à saúde ser um direito subjetivo de todo cidadão, de aplicabilidade imediata e prerrogativa do Estado, não vem sendo distribuído à população da forma como deveria, pois, infelizmente, o descaso com a saúde pública é algo corrente e cotidiano em nosso país.

Isso afeta, e muito, na vida dos usuários, pois envolve muito mais do que o simples direito em si. A saúde se caracteriza como algo essencial e indispensável na vida do ser humano, não há como falar em uma vida plena, digna e saudável, sem que o estado de saúde físico e mental do indivíduo esteja em plena regularidade, para isso o Estado tem que despender forças para efetivar um dos direitos fundamentais sociais de maior relevância, qual seja, o direito à saúde.

Ocorre que, na maior parte das situações, os problemas relacionados com o descaso a saúde se manifestam através de omissões por parte do Poder Público, daí surge à problemática de qual teoria deve ser aplicada, a subjetiva, perquirindo a necessidade de comprovação de dolo ou culpa por parte do ente estatal para que seja imputado o dever de indenizar, ou a objetiva, entendendo que independentemente de se tratar de ação ou omissão a responsabilidade se dará sempre nos moldes do art. 37, §6º da Constituição Federal.

Após apontamentos finais, concluiu-se que a responsabilidade civil do Estado pelos atos omissivos na prestação de serviço à saúde deve se apresentar nos moldes da teoria da responsabilidade objetiva, pois, o objetivo da lei não é punir o Estado somente pelos atos comissivos, mas sim por todos os atos que causem danos aos particulares, sejam eles comissivos ou omissivos. Percebesse, pelo desenvolvimento histórico da responsabilidade estatal, que o intuito da lei foi proteger o particular dos danos que o Estado pode causar, mesmo sem a mínima intenção de fazê-lo, bem como equilibrar forças entre a figura estatal e o particular que se encontra em clara situação de hipossuficiência. Desta forma, não há coerência alguma em colocar obstáculos na responsabilização do Estado somente pelo fato do ato ter sido omissivo, ora, seria como retroceder em todos os avanços alcançados até então.

Portanto, se no caso concreto restar comprovado à existência do nexo de causalidade entre a conduta omissiva do Estado e o dano causado à vítima, há indícios suficiente para a caracterização do dever de indenizar, ou seja, se restar comprovado que se a conduta houvesse sido praticada o dano não teria ocorrido, ou ao menos teria sido amenizado, o Estado deve ser responsabilizado de forma objetiva.

Ademais, conforme visto até então, o dever de fornecer saúde a todos no território nacional reflete em outros direitos inerentes ao homem, quais sejam, direito à vida e a dignidade da pessoa humana, que por sinal, se encontra como um dos fundamentos da República. Portanto, não há cabimento em admitir que a parte, além de todo o ônus e transtorno a qual teve que passar, ainda tenha que se preocupar em provar qualquer tipo de dolo ou culpa por parte do ente estatal.

REFERÊNCIAS

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 140270**, da 2ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15 de abril de 1996. Disponível em: <<http://lexml.gov.br/urn:urn:lex.br:supremo.tribunal.federal:turma.2:acórdão:re:1996-04-15:140270-1520860>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 481110**, da 2ª Turma. Relator Ministro Celso Mello. Brasília, 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729870/agregno-recurso-extraordinario-re-481110-pe>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 409203**, da 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 07 de março de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761697/recurso-extraordinario-re-409203-rs>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 369820**, da 2ª Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769998/recurso-extraordinario-re-369820-rs>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Agravo Interno na Apelação Cível n. 35030115204**, da 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Maurílio Almeida de Abreu. Vitória/ ES, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17829356/apelacao-civel-ac-35030115204-es-035030115204>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Tribunal de Justiça de Maranhão. **Apelação Cível n. 0001674-81.2012.8.10.0052**, da 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Raimundo José Barros de Sousa. Pinheiro/MA, 27 de abril de 2015. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184258986/apelacao-apl-66792015-ma-0001674-8120128100052>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70033566373**, da 9ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre/RS, 26 de maio de 2010. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-206875719>>. Acesso em: 20 set. 2015.

Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0707.02.052575-4/001(1)**. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte/MG, 06 de abril de 2010. Disponível em: <<http://tjmg.jus.br>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

ANDRADE, Amanda Sieira de. **Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 mar. 2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42265&seo=1>>. Acesso em: 26 agosto 2015.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde: Concretização do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 892, fev. 2011.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 2. ed. Editora jusPODIVM, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em: 26 agosto 2015.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Aportes Teóricos sobre a Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais e Sociais. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Estado, Política e Direito. Políticas Públicas e Direitos Sociais**. 3. v. Criciúma: UNESC – Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2011.

OMISSÃO. In: DICIONÁRIO informal. Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/omiss%C3%A3o/>>. Acesso em: 26 agosto 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. 7. v. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. 4. v. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

POLAINE, Victor. **Atos Omissivos e a Responsabilidade Civil do Estado**. Jusbrasil, Disponível em: <<http://vpolaino.jusbrasil.com.br/artigos/148854635/atos-omissivos-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 26 agosto 2015.

PRETEL, Mariana. **Medicamentos e Tratamentos**. Conteúdo Jurídico, 22 março 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=578>. Acesso em: 26 agosto 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19. ed. 4. v. Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Saraiva, 2003.

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como Garantia Fundamental: Uma Perspectiva da Evolução Constitucional e Histórica das Políticas Públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão. **Direitos Sociais**. 1ª ed. Birigui-SP: Boreal, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. v. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.