

O direito fundamental a saúde e o dever do Estado em assegurá-la, sob pena de responder civilmente pela omissão

The basic right to health and the duty of the State in assuring it.

Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari¹



Resumo

Esse trabalho compreende uma abordagem acerca da responsabilidade do Estado diante da omissão pela não prestação de assistência médica. Contudo, antes de analisar a responsabilidade do Estado, segundo o que determina o texto constitucional, foi realizado um estudo sobre a saúde e a assistência médica, na ótica dos direitos fundamentais, abordando inclusive alguns aspectos de políticas públicas na área de assistência médica e, por último, a omissão do Estado e sua responsabilidade dela decorrente.

Palavras-Chave: **Assistência Médica; Saúde; Omissão do Estado; Responsabilidade do Estado.**

Abstract

This article analyzes the constitutional role of the State for providing health care and its liability due to its omission. However, before focusing on the responsibility of the State, as prescribed by the Federal Constitution, it was conducted an analysis on the health and medical assistance as fundamental rights of the Brazilian citizen.

Keywords: **Medical assistance; Public health care; Omission of the State; State liability.**

Keywords: **Medical assistance; Health; Omission of the State; Responsibility of the State.**

1 Introdução

O atual Estado Democrático de Direito reservou capítulo específico sobre a saúde de seus administrados, como elemento garantidor do direito fundamental à vida. Esse direito é de todos e dever do Estado assegurá-lo aos seus necessitados, razão pela qual deve garanti-lo sob qualquer condição, não podendo o administrado ficar ao crivo da saúde pública em se conceder ou não assistência médico-hospitalar. Esse direito à saúde, diz Canotilho (1978:131), é obrigação do Estado e decorre dessa força normativa da Constituição que se expande aos domínios da ordem social.

O que diz o ilustre lusitano é que cabe ao Estado garantir a saúde, pois é dever normatizado na Constituição. Esse mesmo preceito se encontra em

nossa Carta, pois está devidamente garantido, como se observa do artigo 196, que dispõe que

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

As falhas no exercício da medicina prestado pela rede pública se expressam pela falha no próprio serviço público existente, ou seja, pela própria falta de estruturação na organização na saúde pública brasileira.

Neste trabalho pretende-se mostrar a responsabilidade estatal face à omissão de assistência médica, pois os danos daí resultantes redundam em

¹ A autora é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Professora do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará. Endereço: Rua Salvador Correia de Sá, 697, Sapiranga, Fortaleza-Ceará, CEP: 60.833-540. Telefones: (85) 273.1141 e 9603.3150. Mailto: f.c.araujo@ig.com.br

prejuízo, devem ser civilmente indenizados, nos limites traçados pela Constituição (responsabilidade objetiva).

No pertinente à metodologia, mostrou-se como a melhor opção, a inserção das notas e referências bibliográficas no corpo do texto, com anotação precisa da fonte de onde as citações foram extraídas, constando, no final do trabalho, a relação de toda a bibliografia consultada.

2 Direito fundamental à saúde e à assistência médica

Cabe, inicialmente, dizer que os direitos sociais, entre eles os direitos inerentes à saúde e à assistência médica, são prestações proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, enunciados em normas constitucionais, com o escopo de oferecer melhores condições de vida ao ser humano, tentando assim a Constituição igualar os desiguais, na proporção das suas desigualdades, para aqui sermos fiéis ao princípio jurídico da igualdade e ao seu fundamento filosófico.

São, como se observa, garantias institucionais e direitos fundamentais, corolários do princípio da igualdade, valendo como pressuposto do gozo dos direitos individuais, assim como os direitos públicos não estatais correlacionados com a sadia qualidade de vida, como quer a Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais firmaram-se historicamente como conquista dos povos, contra a crescente e sempre duradoura opressão exercida pelo Estado. Passaram, durante o curso de sua evolução, por várias transformações e diversos estágios de maturação, configurando aquilo que o Professor Paulo Bonavides (2000, p.517) denomina Gerações dos Direitos Fundamentais, que nada mais são do que as etapas de consolidação das suas reais conquistas políticas e jurídicas.

Com efeito, leciona o ainda Professor Paulo Bonavides (2000, p.517) que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem, sem dúvida, um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do Século XVIII”.

Os direitos fundamentais do homem são prerrogativas jurídicas inerentes à própria existência das pessoas e sempre foram proclamados e reafirmados como direitos de formulação superior,

sendo muitas as suas características, tais como a inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade e complementaridade, entre outras.

Segundo Alexandre de Moraes:

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais”. (2000, p.39).

A Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, a Teoria Institucional, a Teoria Social, A Teoria Democrática Institucional e a Teoria Socialista dos Direitos Fundamentais, como ensina Gomes Canotilho, (1993, p.506), deram aos Direitos Fundamentais uma funcionalidade múltipla e uma abrangência tópica que alargaram consideravelmente a sua proposta de ação, exigindo assim, para a compreensão desse núcleo material da Constituição a entender como “*uma doutrina dos direitos fundamentais, constituída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria dos direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico*”.

Os direitos fundamentais, por outro lado, não são vistos apenas como estatuto das liberdades públicas e como impulso das garantias institucionais ou materiais que lhe dão apoio. O jurista cearense Willis Santiago Guerra Filho (1999, p.33) diz que é preciso também “*sublinhar a necessidade de examinar o assunto em sua direção processual, quando se haverá de enfrentar problemas como o do controle da Constitucionalidade*”. E é exatamente isso o que faz o mesmo jurista e professor do Curso de Mestrado em Direito da UFC, mostrando o quanto é universal e dinâmica a questão dos direitos fundamentais para o estudo da Constituição e da chamada Jurisdição Constitucional.

3 O direito à vida e à saúde na Constituição

Todo ser humano, na perspectiva do Direito Constitucional moderno, é um ente dotado de direitos e obrigações. Por isso, o artigo 5º da Constituição Federal assegurou o direito à vida e interligou a esse direito elementos materiais e imateriais. Pois, de nada adiantaria a Constituição garantir a liberdade, a intimidade, a segurança, sem que assegurasse o direito à vida.

O direito à vida consiste na garantia estatal no sentido de se continuar vivo e que o Estado proporcione uma vida digna quanto à subsistência. A Constituição protege a vida desde o início, sob o ponto de vista uterino, representando assim o feto um ser individualizado. Por isso, o Professor José Afonso da Silva afirma que:

“Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida”. (2000:200).

Como consequência do direito à vida, temos o direito à existência, que consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, defendendo sua própria vida, ou seja, o direito de permanecer vivo. O direito de permanecer vivo está constitucionalmente assegurado, tanto é que o art. 5º, *caput*, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal proibiu a pena de morte.

Paralelamente ao amparo do direito à vida, o legislador constituinte estabeleceu as garantias constitucionais necessárias ao seu exercício, levando o Direito à Vida à categoria de Direito Fundamental, e elevando-o à dignidade de Direito Constitucional Positivo, na forma do art. 6º da Constituição de 1988 e disciplinando-o no Título VIII da mesma Constituição, dedicado à Ordem Social.

Cabe-nos, neste momento dizer, que os Direitos Sociais são prestações proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, enunciados em normas constitucionais, com o escopo de oferecer e de garantir melhores condições de vida ao ser humano, tentando assim, por certo, igualar os desiguais, como já afirmamos no início deste capítulo.

Os Direitos Sociais, segundo a classificação de José Afonso da Silva (2000:290), estariam classificados da seguinte forma:

- a) direitos sociais relativos aos trabalhadores;
- b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos da saúde, da previdência e assistência social;
- c) direitos relativos à educação e à cultura;

d) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso e

e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

O renomado autor coloca ainda em sua classificação os direitos sociais do homem produtor e consumidor, incluindo na categoria dos direitos sociais do homem consumidor os direitos à saúde, à seguridade social, ao desenvolvimento intelectual, o acesso à formação profissional e à cultura.

O direito à saúde como elemento garantidor do principal direito, direito à vida, é concebido como direito de todos e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas visando à redução de doenças e outros agravos.

Quando a *Lex Magna* tratou do direito à saúde, ela o proclamou e o garantiu como direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas públicas, sociais e econômicas, visando à redução de doenças e outros agravos, bem como o acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos moldes do art. 196 da Constituição de 1988.

Como Direito Fundamental, a Constituição procurou estabelecer a sua garantia tanto no setor público, quanto no setor privado, no sentido de que o Estado regulamentasse, fiscalizasse e controlasse, nos termos da lei, as ações e serviços médicos, que são prestações positivas de natureza pública, significando com isso que o Estado tem integral poder de controle sobre tais ações e serviços, principalmente quanto ao poder-dever de fiscalização das suas prestações. As ações e os serviços de saúde são executados diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Foi estabelecido, como diretriz do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde – SUS, integralizado em ações de forma hierarquizada e generalizada (Lei no. 9790/99), no âmbito das entidades federativas, organizado de acordo com os preceitos constitucionais da descentralização, com direção única em cada esfera governamental, atendimento integral com prioridade para as ações preventivas, sem prejuízo assistência e a participação da comunidade.

A assistência à saúde é livre para a iniciativa privada, bem como para a participação conjunta, de forma suplementar, do próprios Serviço Único de Saúde, segundo diretrizes estabelecidas pelo SUS, mediante contrato de direito público ou mediante convênio celebrado entre a entidade estatal e a rede privada, com preferências àquelas entidades sem fins lucrativos e assistenciais.

A proteção da saúde dos administrados, desde a recuperação de enfermos até a assistência médica e hospitalar, bem como a institucionalização de uma medicina preventiva das chamadas doenças sociais, como a tuberculose e a hanseníase, fazem com que o Estado busque assegurar a todos um padrão de vida adequado e organizado, a fim de que o administrado possa usufruir seu direito à vida, assegurado constitucionalmente. Assim, o Estado tem como necessário aperfeiçoar os métodos de controle de doenças, estabelecendo níveis de programas, reduzindo os riscos e até os índices de mortalidade.

Para o Estado, a tarefa de exercer a função garantidora do direito à vida, ou seja, a garantia do direito à saúde, é difícil, até porque não existem elementos seguros para determinar o diagnóstico, a prevenção ou mesmo o tratamento e a recuperação de certas doenças.

Os serviços prestados pela rede pública, no controle da saúde, tem por base um programa de saúde que é representado não só pelo controle preventivo ou repressivo, mas também sob a forma de erradicação de certas doenças, sob pena de o Estado ser caracterizado como omissor.

A erradicação é mais do que o próprio conceito de controle determinado constitucionalmente, significando a eliminação da doença por um certo período de tempo, prevenindo a ocorrência de um caso novo, tendo por isso a erradicação que ser tecnicamente perfeita, e que todos os casos sejam eliminados e a cadeia de transmissão totalmente suprimida.

Dessa forma, o controle estatal das doenças é forma de garantia da saúde pública, caracterizando como relevância pública que exerce o Estado na regulamentação, fiscalização e controle, como também na execução de atividades de saúde visando ao saneamento do meio físico e à higienização de moradias insalubres.

A intervenção governamental no sistema sócio-econômico, nos dias atuais, ampliou e modificou o modelo de saúde pública, vinculando as concepções dominantes na sociedade e a organização política vigente, o que preocupou a Constituição.

Essa é a fundamentação jurídica existente para a manutenção obrigacional da atividade médico-hospitalar mantida pelo Estado de forma descentralizada nas esferas governamentais, buscando um atendimento integral, com prioridades para as atividades preventivas a certos vetores epidêmicos existentes.

4 A saúde e assistência médica como serviço público

Os direitos constitucionais da Ordem Social e Econômica, e, entre eles, os Direitos Culturais e também os relativos à proteção da saúde e os que asseguram a assistência médica por parte do Estado, são produtos do Estado Social de Direito e foram universalmente recolhidos pelo constitucionalismo social do período posterior à Primeira Guerra Mundial, tendo como ponto de partida a Constituição Mexicana de 1917 e como ponto de referência máxima a Constituição Alemã de 1919.

O livro do professor Paulo Bonavides *Do Estado Liberal ao Estado Social* (1996) pode ser apontado como o clássico que, no Brasil, de forma proveitosa, melhor estudou as linhagens do Estado Liberal e sua transformação em Estado Social de Direito, razão pela qual não podemos, aqui, obscurecer a sua relevância.

O Constitucionalismo Social chega ao Brasil, pela primeira vez, através da Constituição Getulista de 1934, torna-se uma realidade ainda mais concreta na Constituição amplamente democrática de 1946, firma-se como ordem do aparelhamento institucional e privado das Constituições de 1967 e 1969 e dilata, ainda mais, o seu significado eventual e histórico com a Constituição de 1988.

Com efeito, a vigente Constituição Federal Brasileira, a respeito de haver dado destaque específico à Ordem Social, separando-a da Ordem Econômica e Financeira, inseriu, entre as prerrogativas da primeira, no capítulo referente à Seguridade Social, uma seção dedicada às políticas públicas da área da saúde, disciplinando a matéria nos art. 196/200.

Diz o primeiro dispositivo acima nominado que:

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

E em seguida afirma o art. 197 que:

“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

As ações e os serviços públicos de saúde, ensina o artigo 198:

“... integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I) descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III) participação da comunidade”.

Compete também ao Sistema Único de Saúde o controle e a fiscalização dos procedimentos, produtos e substâncias de interesse para o cuidado com a saúde e a assistência médica.

Leciona ainda a Constituição (art. 199) que “*A assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”, mas impõe a Constituição limites e formas jurídicas e institucionais de controle que permitam aos pacientes e consumidores de serviços médicos o exercício regular dos seus direitos e prerrogativas, em vista à cobrança de responsabilidade na prestação de assistência médica e de serviços públicos decorrentes de sua atividade.

O direito fundamental à vida e ao próprio corpo e bem assim os meios tecnicamente adequados para sua preservação, integram, de forma universal, o elenco dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem.

No livro *Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem* (2000, p.09), Rita Maria Paulina dos Santos adverte que:

“Dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu redor e como consequência de sua existência, todos os demais bens gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam, como a direito à honra, à imagem e o direito moral de autor, a desafiar o vetusto axioma ‘mors omnia solvit’”.

E acrescenta a autora logo em seguida:

“Manifestando-se desde a concepção, sob a condição do nascimento do ser como vida, esse direito permanece integrado à pessoa até a morte. Estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico.”

No que tange à possibilidade de responsabilizar a administração pela implementação das Políticas Públicas de Saúde, previstas na Ordem Constitucional Social, faz-se preciso que se esclareça, como o fez Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, no seu competente *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público* (2000: 92), que ela decorre dos seguintes pontos:

“1 – as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais são eficazes e vinculam a administração para sua implementação;

“2 – por serem os direitos sociais dotados de eficácia, e para alguns constituindo mesmo direitos fundamentais, que não seriam passíveis de abolição por emenda constitucional, o seu não reconhecimento possibilita aos interessados/legitimados demandarem judicialmente por sua implementação;

“3 – a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo judiciário, pois existe o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração;

“4 – o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público e

“5 – determinadas políticas públicas dependem da atuação de entes e instituições prévias (como a adaptação de prédios e transporte coletivos às necessidades das pessoas portadoras de deficiência), nessa hipótese, a administração poderá ser responsabilizada por ausência de fiscalização, em conjunto com o particular”

E esclarece a autora em seguida a sua opinião, com a qual inteiramente concordamos:

“E, então, surge a grande questão no âmbito do controle dos atos da administração, que nos interessa também, relativamente à implementação da ordem social constitucional: a discricionariedade e a posição do Judiciário na análise da mesma”. (FRISCHEISEN, 2000, p.93).

5 Alguns aspectos das políticas sociais de assistência médica

É de se constatar também, por outro lado, que o Estado moderno, no desempenho de suas funções, tem se preocupado com a saúde de seus administrados, e

com as políticas sociais de assistência médica, coloca a atividade médica como atividade de interesse público e social e de primordial importância para o desenvolvimento estatal e comunitário, preservando o primado da vida, como direito fundamental inquestionável.

Assim, a proteção da saúde e o dever de assistência médica por parte do Estado têm se tornado uma atividade indispensável. E por isso, há uma exigência coletiva do direito à saúde, tanto é que a Constituição Federal de 1988 a elencou dentre os Direitos Sociais Fundamentais a serem protegidos pelo Poder Público.

A importância e a necessidade dos serviços médicos como condicionamentos da função estatal executiva têm reconhecido o exercício dessa atividade como elemento da ordem social. Entretanto, no exercício da função primordial de prestação de assistência médica, e de garantia do direito à vida e à saúde, não se torna o médico irresponsável, passando a responder por dano que causar ao paciente, pois o exercício regular profissional da medicina, exercido por agente estatal ou por profissional particular, pode trazer a cura de um doente, como pode, também, redundar numa falha de consequências irretocáveis.

A função médica busca, além de um ato de justiça social, um dever de fraternidade social, sendo uma função primordial dentro da prestação de serviços que podem ser exercidos tanto pelo Estado como por profissionais ligados a empresas particulares. E, como serviço público que é, deve ser fiscalizado pelo Estado, tal como determina a Constituição Federal.

O serviço médico tem que ser tratado como serviço público, não único, pois o serviço por ser público, não necessariamente será único, para satisfação das necessidades coletivas e atendimento como atividade estatal desenvolvida dentre as funções públicas. Dessa forma e sob a perspectiva de serviço público, a atividade médica será analisada e compreendida dentre as funções estatais, assumindo o Estado tal atividade e exercendo-a sob o regime de direito público, a fim de assegurar o direito fundamental à vida, como primado da atividade estatal.

A atividade médica, também exercida pelo setor privado, é fiscalizada e controlada pelo Poder Público, daí ser a função médica considerada como atividade cogente, mesmo exercida em caráter privado.

Pela figuração assumida, a atividade médica respaldada no ordenamento jurídico, tem por fundamento controlar a responsabilidade, devido a seu embasamento ser o próprio direito fundamental à vida.

Dessa forma, tal atividade será analisada sob incidência pública e privada, em vista do controle estatal e consequências jurídicas das práticas médicas, tanto na rede pública como na rede privada.

As atividades de fiscalização das ações e serviços de saúde são realizadas nas três instâncias governamentais, de forma integrada e harmônica, cada uma em seu âmbito de atuação.

6 A assistência médica e a responsabilidade estatal pela omissão pública

O Estado, por sua natureza de ente, sujeito de direitos e obrigações, participando das relações jurídicas, possui, a partir de um conjunto de obrigações funcionais, responsabilidades chamadas de responsabilidades funcionais, que, dentro da prática de seus atos, acaba por ensejar, diante das dificuldades assumidas no desenvolver de suas funções, danos ao próprio Estado e aos administrados.

A própria complexidade da vida moderna e o risco permanente do indivíduo imputam ao Estado, perante uma solidariedade social, o dever de reparar danos. Quando se aborda o tema da responsabilidade estatal, pensa-se com isso na existência da responsabilidade das funções estatais pertencentes ao Poder Público (funções legislativa, executiva e judiciária). Ainda assim, é comum falar apenas da responsabilidade resultante de atos praticados pelo Executivo e, de forma excepcional, pelo judiciário e legislativo.

No entanto, quando falamos de responsabilidade estatal, estamos tratando da responsabilidade extracontratual de atos praticados pelo Estado, incluindo atos propriamente administrativos, atos de planejamento governamental, atos das prestadoras de serviço público, atos das exploradoras de atividade econômica, atos legislativos e atos jurisdicionais, incluindo nessa seara atos lícitos e ilícitos.

O instituto da responsabilidade civil é essencialmente dinâmico e sua evolução tem seguido a própria evolução do Direito, buscando compor o equilíbrio rompido em consequência de um dano praticado por quem tem o dever de reparar.

A princípio, a responsabilidade passou por um lento amadurecimento em sede de responsabilidade civil das pessoas naturais para se chegar à concepção de que também as pessoas jurídicas são capazes de praticar atos ilícitos e tornarem-se civilmente responsáveis.

Quanto à responsabilidade do Estado, demandou maior tempo a sua maturação e a mesma só se deu em período recente, como resultado da evolução a que vem se submetendo esse instituto, bem como do nascimento do Estado Liberal, levando em conta o desenvolvimento administrativo estatal e de sua máquina operacional.

A omissão, a inércia e o não-agir dos agentes públicos, quando deviam agir, levam os agentes públicos a causar prejuízos ao Estado, e a terceiros também, ensejando a responsabilidade, por causa da inércia ou da incúria administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu livro *Curso de Direito Administrativo* (1994:483), e com base no princípio constitucional da responsabilidade objetiva estatal, tal responsabilidade só se faz existir com relação aos danos causados pelos agentes públicos e não com respeito aos danos que por eles não foram causados.

Os atos que são causados por fator ou agente estranho ao Estado, para Celso Antônio Bandeira de Mello, não ensejam a responsabilidade de forma que tenha o Estado a obstar o comportamento de terceiro, pois tal comportamento será condição da ocorrência do dano e não a sua causa.

Nessa circunstância, o comportamento omissivo pode ser causa e não condição, desde que seja deflagrador primário do dano praticado por terceiro. É a causa e não a condição do evento danoso. Dessa forma, há de se verificar cada situação concreta para a identificação do evento danoso e se existiu a responsabilidade do Estado ou não. No entanto, não só nesta hipótese, mas em qualquer outra, o *non facere* do agente é causa eficiente do dano e responde a administração.

Resta-nos uma dúvida sobre a omissão, quando o poder público devia agir e não agiu ou agiu mal ou tardiamente. Nessa hipótese, nos ensinamentos de Celso Antônio, lê-se que a responsabilidade só será subjetiva, pois do contrário não importa se a omissão é causa ou condição, posto que de qualquer forma bastaria a relação entre a omissão e dano, ainda que não fosse atribuição ou obrigação do Estado para caracterizar a responsabilizar objetiva.

O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre a responsabilidade subjetiva (1994, p.480-481), tem por base o dolo ou a culpa, cumprindo identificar que o Estado é obrigado a certa prestação que não fez, pois só assim responderia o Estado em caso de omissão.

Mesmo que se diga que não interessa à caracterização da omissão dos serviços, se pelo médico ou pela rede pública médica, numa visão mais ampla, incluindo todo e qualquer serviço prestado, a Carta Constitucional não trouxe apenas a responsabilidade objetiva. O dispositivo constitucional, quando se refere a essa espécie de responsabilidade, determinou a ação regressiva contra o causador do dano, ou seja, contra o agente que deu ensejo à reparação, passando assim a ser uma responsabilidade do agente não mais objetiva, mas sim subjetiva, caracterizando-se duas instâncias para o ressarcimento: uma objetiva, para o Estado; e outra subjetiva, para a regressiva.

Ora, a partir do momento em que a Constituição fez a previsão dessa espécie de reparação, surgiu a obrigatoriedade do Estado comprovar de quem realmente é a culpa, se do ato médico ou do ato do próprio serviço que servirá como objeto constante da reparação civil, para efeito da ação regressiva.

O erro médico decorrente de uma culpa *in omittendo*, oriundo da abstenção da administração pública, sob o aspecto objetivo, não vai interessar se a conduta médica praticada estava revestida de omissão ou qualquer outra conduta omissiva.

A conduta médica omissiva está quase que consubstanciada na culpa *stricto sensu* negligência. A negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade, descaso, ou seja, é praticamente a omissão do poder estatal realizada por um de seus agentes.

O abandono do doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico que confia no outro, o plantão que é deixado sem a chegada do substituto, a prática ilegal da profissão por acadêmicos sob a autorização de um profissional médico, a letra de médico ilegível, levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito na receita, o esquecimento de corpo estranho em cirurgia no abdômen do paciente caracterizam algumas das condutas omissivas de profissional de área médica.

Tal omissão pode ainda se identificar com o disposto no artigo 135 do Código Penal, que assim determina: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública”, caracterizando um ilícito penal.

O tipo descrito no parágrafo acima é denominado de omissão de socorro, estando previsto, como vimos,

no artigo 135 do *Código Penal Brasileiro*, tendo como sujeito ativo qualquer pessoa, inclusive o médico, não prevendo o Código Penal qualquer relação anterior com os sujeitos ativo e passivo do delito. Essa omissão é caracteriza por um delito omissivo, principalmente se cometido por omissão de assistência médica. Sobre a matéria, entre outros acertos, assim têm decidido os nossos Tribunais:

“Quando o enfermo dá entrada num hospital passa a ser responsabilidade dos médicos vinculados ao seu tratamento. Essa é a regra fundamental. E, em casos de transferências que sejam ordenadas pelo facultativo ou a pedido dos responsáveis, cabe ao responsável médico aconselhar ou desaconselhar, na preservação da vida do doente, ou pelo menos, tratar de cercá-lo de todos os cuidados, métodos e equipamentos disponíveis para, ao menos, minorar o sofrimento”. (TACRIM/SP 702/348).

E de outra forma assim tem se manifestado a jurisprudência:

“OMISSÃO DE SOCORRO. DELITO CONFIGURADO. Médico que se recusa atender vítima em estado alarmante, alegando estar de folga. Ausência de outro facultativo na cidade. Condenação imposta. Inteligência do art. 135 do Código Penal”. (TACRIM/SP, RT 516/347).

Pode-se ver que a conduta médica caracteriza também ilícito penal, além de outros ilícitos, como os administrativos, pois diante da omissão de socorro, os médicos responderão por suas condutas nos Conselhos Regionais de Medicina onde estão inscritos.

Talvez a matéria tenha mais repercussão na seara penal devido ao interesse no meio social, bem como às dificuldades do acesso à justiça para a procura da reparação cível.

A culpa civil e a penal têm alguns pontos coincidentes, pois ambos possuem um resultado danoso para um bem jurídico considerado – o bem-estar do paciente e a busca pela cura.

A ação ou omissão dos deveres de cuidado e a relação de causalidade são similares dentro do ilícito cível e penal, com distinções como a culpa penal contida na tipicidade, o que não acontece na culpa civil. Aí as consequências são distintas, pois a culpa civil pressupõe o reconhecimento de uma culpa penal, enquanto que, na civil, uma reparação ou recomposição do dano e a responsabilidade penal é estritamente pessoal, subjetiva, enquanto que, na civil, pode estender-se a outras pessoas.

No entanto, a matéria de responsabilidade estatal está dentro da matéria civil e não da penal. Por isso,

iremos nos deter sob o aspecto civil, ligado a uma responsabilidade extracontratual.

Os pressupostos da omissão médica na Administração Pública são diferentes dos pressupostos da omissão na rede privada. Estes últimos são caracterizados pelo comportamento ativo ou passivo, desde que viole o dever de atenção e cuidados próprios da profissão médica, tornando a conduta antijurídica, ficando suportada subjetivamente pelo médico, a título de culpa ou dolo e a relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

Os pressupostos contidos na responsabilidade estatal são concretizados apenas em um só: na existência do nexo de causalidade entre o ato omissivo médico praticado e o dano sofrido, devido à responsabilidade objetiva.

A necessidade da relação causal é clara. No entanto, muitas vezes a questão resulta difícil, sobretudo quando se dá a necessidade de precisar o que, exatamente, se entende por causa de um dano, qual a ação que realmente causou o dano, ou ainda, qual critério para se imputar o prejuízo ao autor.

Em busca de bases para as considerações sobre o nexo causal, importante saber quais as condições que efetivamente contribuíram para o evento danoso, ou seja, qual das condições pode ser considerada a causa sem a qual não ocorreria o fato.

Todas as teorias a respeito da causa, em sentido jurídico, partem desta premissa. A diferença reside na condição por elas escolhida para ser a causa. Assim, temos quatro teorias: a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causa Próxima, a Teoria da Causa Eficiente e a Teoria da Causa Adequada.

A Teoria da Equivalência das Condições considera todas as condições como tendo o mesmo valor, no que se refere à formação do dano. Dessa forma, todas as condições, sejam positivas ou negativas, concorrem para a produção do resultado, de tal forma que, se uma das condições for suprimida, não haverá mais o resultado. Portanto, cada uma das condições é causa do resultado.

Essa teoria considera como causadores quaisquer condições que de uma forma ou de outra, têm relação com o evento danoso. Dessa forma, chegaríamos ao extremo de considerar culpado até quem indiretamente contribuiu para o resultado, de forma a mostrar sua inadequação frente à prática da vida e aos propósitos do direito, que como se vê, poderá criar situações, longínquas do ideal de justiça.

A causalidade difere da culpabilidade, enquanto a primeira realiza-se através de uma *imputatio facti*, a segunda se dá pela *imputatio juris*, e antes de considerar responsável todos aqueles que criaram condições ao fato lesivo e, por consequência, causas, existindo então, nexo de causalidade, se perquire da culpabilidade do agente, de forma que essa teoria não tem aplicabilidade enquanto se tratar de responsabilidade baseada na culpa, responsabilidade subjetiva.

A Teoria da Causa Próxima baseia-se na escolha de uma das condições, que pode ser considerada como causa do dano. As críticas a essa teoria residem no fato de que nem sempre a última condição é a causadora do dano, não trazendo uma segurança jurídica desejada.

A Teoria da Causa eficiente considera causa a condição mais eficiente para gerar o fato danoso, determinando a maior ou menor eficácia casual, frente à multiplicidade que se apresenta à vista. Críticas surgem a respeito da teoria uma vez que, entre as diversas condições de eficácia, pode-se chamar qualquer uma como a mais eficiente, tendo aplicabilidade tão somente quando se tratar de culpa concorrente, onde se perquire a contribuição de cada um dos agentes frente ao dano causado, segundo a proporção em termos de efeito da sua ação culposa, para se chegar ao *quantum* de indenização a ser pago por cada um deles.

A Teoria da Causa Adequada tem, por idéia central, a possibilidade de que certos antecedentes possam produzir um certo resultado diante de um juízo de probabilidade. Assim, a probabilidade de que certos antecedentes possam produzir um certo resultado acaba tornando a teoria um defeito de não possuir critérios, de não apresentar precisão na avaliação da causa.

No âmbito de todas as teorias apresentadas, algumas pecam pelo extremo rigorismo, enquanto outras pela falta de precisão, como se flutuassem sobre acontecimentos concretos. Na verdade, a causalidade se dá em plano físico e natural, numa conexão de acontecimentos e que a verdade de um efeito estaria em sua causa.

A imputabilidade objetiva (nexo de causalidade) e a culpabilidade, que são elementos distintos, compõem o vasto campo da responsabilidade civil, atuando uns em função dos outros, buscando trazer com isso a volta ao equilíbrio perdido através do dano.

Temos como pressuposto do dever de indenizar, a ação, o dano e o nexo de causalidade entre ação e

dano. E o objetivo da responsabilidade civil é trazer de volta o equilíbrio perdido através de um dano e só poderá ressarcir este prejuízo se alguém por ele for responsável e só haverá responsabilidade se houver conexão causal. Assim, o nexo causal faz parte do todo chamado culpabilidade, diante de uma análise a nível ôntico, que frente ao ressarcimento por fato próprio, de uma imputabilidade objetiva integrante da culpabilidade *lato sensu*, tendo em vista que a responsabilidade se faz pela cumulação dessas duas imputabilidades, mesmo diante de casos de responsabilidade objetiva, onde se tem a culpa presumida, deverá haver o nexo causal.

A *Lex Magna*, em seu artigo 37, § 6.º, trouxe a responsabilidade objetiva, bastando a existência de nexo, daí necessária a demonstração do nexo de causalidade existente.

A causa está ligada a um ato anterior. Como um laço estabelecido entre dois fenômenos, onde um deles deve sua existência ao outro, estabelecendo um elo jurídico entre os dois extremos, chamando-se essa ponte de nexo de causalidade.

Assim, é suficiente, para que seja exigida a responsabilidade, a demonstração do dano sofrido e que o demandado tenha agido com ou sem culpa, devendo reunir-se à existência do vínculo de causa e efeito entre a culpa e o dano e que o dano seja a real consequência do ato cometido.

O laço da relação causal tem que ser demonstrado, pois, se não for evidenciado o liame de causalidade com o comportamento do agente, improcedente será a indenização, no âmbito da responsabilidade estatal.

Miguel Kfoury Neto, citando o renomado autor italiano Carlos Maria Romeo Casabona, no livro atrás mencionado (p. 98), diz que “Casabona aponta, com precisão, a principal dificuldade para se estabelecer a relação de causalidade, quando o ato não é consequência de uma só causa claramente evidenciável, mas sim resultado da concorrência de muitos fatores. As Teorias penais que explicam a causalidade também aqui têm ingresso”.

Assim, segundo a “teoria da equivalência da condições causais”, causa será toda condição que haja contribuído para o resultado, em sua configuração concreta; na “teoria da causalidade adequada”, causa será aquela condição da qual normalmente se deriva o resultado danoso - e a “teoria da causa próxima” considera causa o fator que tenha condicionado, mais aproximadamente no tempo, o

resultado – de modo que o mais próximo exclui o mais remoto.

Na responsabilidade civil, não se dá a adoção obrigatória de uma dessas teorias, devendo a análise do nexo causal levar em linha de conta os fatores que podem ligar a ilicitude da conduta ao resultado produzido. Muitas vezes, a jurisprudência se inclina, reconhecendo a ocorrência de culpa, a determinar a existência de nexo causal – ou quando há ocorrência de culpas, da própria vítima ou de terceiros, com autor - considerar rompido o liame de causalidade.

A relação de causalidade se reveste de interesse público, para efeito de reparação no âmbito da Administração Estatal. O evento danoso decorre do inadimplemento da obrigação ou da ação ou omissão mediando a relação de causa e efeito, não se embasando em simples deduções ou probabilidades, mas numa indiscutível certeza probatória, não na culpa do agente, mas num encadeamento entre o fato e o dano que consiste numa conexão e congruência entre ambos, de modo que a realidade de um enseja logicamente ao outro.

Na existência de várias causas, a relação de causalidade tem que levar em conta a causa decisiva determinante do dano, não interessando a hierarquia da causa, posto que a condição existente não necessariamente é única, bastando, portanto, que tenha o ato sido decisivo para o resultado. Assim, a relação de causalidade muitas vezes deve tornar-se nítida, mesmo diante da pluralidade de causas.

A Administração Pública tem o dever de manter, pelo menos os mínimos níveis de saúde, pois qualquer falha pode caracterizar a sua omissão e a conseqüente responsabilização, demonstrando-se assim o próprio ato e o dano, especificando o liame jurídico.

A prestação assistencial médica e sua responsabilidade, em muitos casos, não se determina pela existência de erro médico propriamente dito, mas diante de omissões administrativas, que vão desde o repasse de verbas, habilidade do administrador, estrutura física degradada, equipamentos reduzidos até mesmo o Estado de saúde do paciente, devido a sua existência social.

A responsabilidade objetiva, diga-se de passagem, não significa responsabilidade absoluta e indiscutível, mas a existência relativa que pode ser amenizada por situações que excluem a obrigação objetiva de indenizar, o que chamamos de excludentes da responsabilidade estatal.

Recentemente, em decisão liminar, a pela 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará determinou

que o Município de Fortaleza tem a responsabilidade de receber pacientes na rede municipal subsidiada pelo SUS, mesmo diante da inexistência de vagas na rede hospitalar. A decisão *in fine*, assim determinava:

“Ao compulsar a Constituição Federal, deparo-me com a norma do art. 196 e, diante da clarividente síntese textual, pude, indubitavelmente, inferir que : ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’.

Perscrutando um pouco mais, alcanço o art. 198, da mesma Carta política, que em seu âmago institui o Sistema Nacional de Saúde, colimando a integralização das ações e serviços públicos de saúde regionais e o atendimento total. De forma semelhante, a Constituição Estadual do Ceará de 1989, nos arts. 245 e seguintes transcreveu, com algumas alterações, os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Concluo que o direito de acesso à saúde existe.

Esse direito é outro dos chamados direitos sociais (...). Apresenta ele duas faces distintas: uma, a preservação da saúde tem como contrapartida as políticas que visam a redução do risco de doença. E no seu prolongamento se situa o próprio direito a um meio ambiente sadio. Está aqui uma prevenção genérica, não individualizável da doença. O direito à proteção da saúde, na verdade, é o direito individual à prevenção da doença, a seu tratamento e à recuperação do doente. Traduz-se no acesso aos serviços e ações à recuperação do doente ou enfermo. Enquanto o primeiro é típico direito de solidariedade (3ª geração), o segundo é típico direito fundamental a prestação positiva (2ª geração).”

(FERREIRA FILHO, 1988, p.54-55, , nota ao art. 196)

“Diante do exposto, concedo a liminar requestada, para determinar ao Município de Fortaleza que, na falta de um leito nas Tis públicas e atendido o prazo prescrito no laudo médico, internar o autor na UTI de um hospital particular, assinando junto ao referido nosocômio documento pelo qual se comprometa a arcar com a totalidade das despesas relativas à internação do paciente, observada a média dos preços praticados no mercado, até seu restabelecimento, ou, até que seja transferido, mediante prévia comunicação a este Juízo Fazendário, para uma UTI da rede pública, sob pena de imposição de multa diária correspondente a R\$10.000,00 (dez mil reais), até que efetivamente seja cumprida esta ordem”.

Como se observa, a decisão determina que o município seja responsável pelo atendimento em UTI, sob pena de arcar com pagamento na rede privada, impondo ainda uma multa pecuniária, face o descumprimento da ordem judicial que implementa um preceito constitucional.

A alegativa de falta de vaga na rede pública não isenta a responsabilidade do Estado, nem ao menos exclui qualquer forma de responsabilização. Aliás, são mencionados como excludentes da responsabilidade estatal: a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a culpa da vítima e a culpa de terceiro ou fato de terceiro, mas nunca a própria omissão governamental pela falta de assistência médica.

A exclusão da responsabilidade deve-se ao fato de não existir o nexo de causalidade entre o comportamento e o dano sofrido, não o porque de reparar o dano. Com isso, quer dizer que só se exime o Estado, se este não tiver sido o autor do ato ou se a situação de risco atribuída a ele inexistiu ou foi fato irrelevante.

A força maior que tem natureza inevitável e irresistível, sendo relevante o fato apenas para comprovação do nexo causal, mas se produzido o ato, devido à força maior, então não foi produzido pelo Estado, não restando a responsabilidade, excluindo-se qualquer culpa.

O Caso fortuito é um acidente decorrente de um motivo desconhecido, mas em alguns casos previsíveis, apresentando-se de forma diferente ao da força maior, não tendo o intuito de elidir a relação causal entre o comportamento e o dano, daí, em muitas situações o caso fortuito não excluir a responsabilidade.

O Estado de necessidade é outra forma de exclusão da obrigação de indenizar, pois demonstra uma situação em que prevalece o interesse geral sobre o pessoal ou mesmo sobre direitos individuais.

A excludente da concorrência de culpa da vítima tem conotação doutrinária e jurisprudencial pacífica, em nosso ordenamento jurídico, mas apenas no que pertine à responsabilidade subjetiva, ou seja, no momento em que a culpa do agente se funda na culpa da vítima, enseja a responsabilidade por culpa de ambas as partes envolvidas no ato praticado. A fundamentação da concorrente, a culpa da vítima está no princípio da isonomia.

Quando se fala de concorrência de culpa diante da responsabilidade objetiva do Estado torna-se a expressão imprópria devido à teoria do risco administrativo, pois a Constituição não fala de culpa

da administração pública, a não ser nos casos em que ocorre a culpa aquiliana, como acontece na responsabilidade por falha do serviço ou culpa do serviço, denominado de culpa administrativa, que é subjetiva, por ter por base a culpa ou dolo.

Quando se dá a concorrência da culpa da administração para com o particular, se estabelece, para efeito de responsabilidade a participação de cada um na composição do dano.

Na situação em que a responsabilidade do Estado é objetiva e que a vítima tenha concorrido com culpa para o resultado, quando a sua culpa não for exclusiva, mas tenha contribuído para o resultado, a teoria da responsabilidade objetiva se estabelece simplesmente pela relação de causalidade, desde que não ocorra qualquer das causas de exclusão, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou outra circunstância que exclua a responsabilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello no seu *Curso de Direito Administrativo*, afirma que a obrigação de indenizar, na categoria objetiva, limita-se apenas à existência ou inexistência do nexo e nada mais, e que ocorrendo, a força maior ou qualquer outra causa excludente de natureza irresistível e inevitável, a relevância do fato servirá para comprovar a ausência do nexo causal entre o ato do Estado e dano sofrido.

A razão do pensamento de Celso Antônio tem por base o ato de que foi produzido por motivo de força maior, então não foi produzido pelo Estado, restando ausentes os pressupostos da responsabilidade objetiva.

De fato, vale salientar que na responsabilidade objetiva, o Estado só se isenta e exonera o ente estatal se não existir o nexo causal. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, no seu livro *Direito Administrativo Brasileiro* (1994: 565), defende a tese de que a fazenda pública, para se eximir da obrigação, deve comprovar que a vítima concorreu para o evento danoso e, enquanto não evidenciar a culpabilidade, a responsabilidade será do Estado.

A culpa exclusiva da vítima não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente de forma que, através dela, culpa, se possa ressaltar a inexistência de qualquer comportamento da Administração. Essa excludente é comumente invocada, a fim de mostrar que o Estado não foi o responsável pelo ato praticado, inexistindo assim a relação de causalidade.

O Estado atual, por sua responsabilidade objetiva, tem o poder-dever de exigir do agente causador do dano a repetição do indébito que a fazenda Pública teve que pagar ao lesionado, pela ação ou omissão

que decorreu do mau funcionamento do serviço prestado, por culpa ou dolo.

7 Conclusão

Assim, as falhas no exercício da medicina prestado pela rede pública se expressam pela falha no próprio serviço público existente, ou seja, pela própria falta de estruturação na organização da saúde pública brasileira.

Qualquer ato omissivo e até mesmo a falta de leitos na rede pública ou falta de condições de atendimento aos administrados constituem atos atentadores aos valores mínimos existenciais do indivíduo como garantia ao direito à vida. Dessa forma, não pode o Estado deixar permanecer em seus quadros essa violência para com seus administrados, devendo responder por qualquer dano que causar, de forma objetiva.

Referências

- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1998.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 168 p. (Série Legislação Brasileira).
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Almedina, 1978.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.
- FRISCHEISEN, L. C. F. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- SANTOS, R. M. P. dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Data do Aceite: 2003