A OMISSÃO ESTATAL COMO CAUSA DE DANOS INDENIZÁVEIS PELO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

THE STATE OMISSION AS A CAUSE OF INDEMNIFYABLE DAMAGES FOR THE NON-SUPPLY OF MEDICINES

Carolina Raposo Bispo¹

RESUMO: Trata da efetivação do direito constitucional à saúde pelo Poder Público por meio da assistência farmacêutica, demonstrando a incidência do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado e o conseqüente dever de indenizar os administrados devido ao não fornecimento de medicamentos necessários à garantia de uma vida digna. O estudo inicia expondo os conceitos e a configuração da responsabilidade civil e da responsabilidade estatal, passando a abordar temas como a obrigação dos entes estatais de prestarem medicamentos, bem como suas limitações e possível conciliação entre esse dever e seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Medicamentos. Omissão. Responsabilidade estatal.

ABSTRACT: Investigate the effectiveness of the constitutional right to health by the Public Power through pharmaceutical assistance, demonstrating the incidence of the State's extracontractual responsibility and the consequent duty to indemnify the citizens for not receiving the medicines necessary to guarantee a dignified life. The study begins by exposing the concepts and configuration of civil responsibility and, more specifically, of state responsibility, starting to address issues such as obligation of state entities to provide medicines, as well as their limitations and possible reconciliation between this duty and its limits.

KEYWORDS: Drugs. Omission. Responsibility.

INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento geral, o direito à saúde é um direito fundamental intimamente ligado ao direito à vida e, por esse motivo, justifica a concessão de um tratamento jurídico para assegurá-lo. Contudo, necessita observar certos critérios, uma vez que pode acarretar algumas conseqüências em termos de decisões individuais e de políticas públicas. Assim, diante do elevado número de demandas judiciais visando o fornecimento de medicamentos pelos entes federativos, ganham cada vez mais destaque as justificativas que

¹ Graduada em direito pelo Centro Universitário Tiradentes - UNIT- AL

ensejam o provimento da assistência farmacêutica, bem como os argumentos utilizados pelo Estado sobre a impossibilidade de atender essas demandas.

Dessa forma, a problemática do presente trabalho é o questionamento de ser possível a responsabilização do Poder Público nas hipóteses em que não garante o fornecimento de medicamentos, haja vista estar, de certa forma, obrigado a efetivá-lo em decorrência de expressa previsão no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe ser dever do Estado a garantia do direito à saúde.

Buscou-se partir da perspectiva de que o Estado necessita garantir o direito fundamental à saúde, podendo ser responsabilizado pelos danos gerados aos indivíduos com a sua falta de atuação ao não fornecer os medicamentos necessários aos cidadãos que deles precisam para sobreviverem dignamente.

Para tanto, utiliza-se a metodologia qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica através de análise de literaturas, legislações e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, tendo cautela de observar o seu caráter multidisciplinar, vez que abrange diversas disciplinas do Direito, como o Direito Civil, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, além de aspectos sociais, financeiros e políticos.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O termo “responsabilidade”, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves,² possui diversas conotações, como por exemplo, a reparação de um dano, bem como a restauração de equilíbrio e a contraprestação. Além dos diversos sentidos, há vários tipos de responsabilidade, vez que não existem apenas no âmbito civil, mas sim em todas as áreas do Direito, envolvendo uma situação que pode ter decorrido de um descumprimento contratual ou, até mesmo, de um dever genérico instituído pelo próprio ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil, conforme Maria Helena Diniz,³ é o emprego de medidas que determinam a algum indivíduo a reparar um dano, tanto moral quanto patrimonial, causado a terceiros, em virtude de ato praticado por ele mesmo, por alguém que ele responde, por algo que lhe pertence ou pela simples imposição legal. Ademais, Diniz aduz que para ser configurada essa responsabilidade é necessário o preenchimento dos seus pressupostos, quais

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso Direito Civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

sejam a existência de uma ação, comissiva ou omissiva; a ocorrência de um dano, moral e/ou patrimonial, causado a terceiro por ato do próprio agente, de pessoa por quem ele responde ou por um fato de coisa ou animal a ele relacionado; bem como o nexo de causalidade envolvendo o fato gerador da responsabilidade, que é a ação, e o dano⁴.

Dentre as hipóteses de responsabilidade, é perfeitamente possível a responsabilização do Estado pelos danos que os seus agentes causam aos particulares, que estejam nessa qualidade. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é o dever estatal de reparar os particulares pelos danos causados, mesmo quando o ato for lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, além de material ou jurídico e, inclusive, quando decorrer de comportamento unilateral, pois inexistente uma relação contratual nesse tipo de responsabilização indenizatória.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 37 §6º que a responsabilidade estatal é do tipo objetiva⁶, pois não necessita da comprovação de dolo ou culpa, mas apenas da existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano gerado ao particular. Por outro lado, a responsabilidade do agente em face do Estado é subjetiva, tendo em vista ser imprescindível a análise de culpa ou dolo em cada caso⁷.

Pode-se afirmar, então, conforme Cavalieri⁸, que essa responsabilidade objetiva está condicionada ao dano decorrente da atividade administrativa estatal, em virtude da relação de causa e efeito entre a ação do agente público e o dano ocorrido. Dessa forma, o Estado pode ser obrigado a ressarcir nas situações em que a condição de agente público influenciar de qualquer forma a prática de algum ato danoso.

De mais a mais, o exercício da função administrativa não necessita ser a causa do dano, porque “[...] basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53-54.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1021.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **Revista JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n.25, p. 01, jul./dez.2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75732>>. Acesso em 23 mar. 2016.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1062.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **Revista JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n.25, p. 01, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75732>>. Acesso em 23 mar. 2016.

dano⁹”. Com efeito, de acordo com a teoria do risco administrativo, a qual foi adotada pela Constituição Federal, existindo uma relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido por um particular, independentemente de culpa, haverá responsabilidade estatal. Todavia, a condição de agente do Estado deve contribuir para a ocorrência do dano, do contrário, não haverá qualquer responsabilização do ente público.

Vale destacar que não é todo dano que possibilita uma indenização. De acordo com Mello¹⁰, é fundamental que o dano gere uma lesão a um direito da vítima e que seja certo, real, ou seja, que não signifique somente uma possibilidade ou eventualidade. No entanto, nos casos de comportamentos estatais lícitos, para o dano ser reparável precisará de mais duas características: a especialidade, uma vez que o dano não pode ser um prejuízo genérico, mas sim envolver uma situação que atinja um ou alguns indivíduos; e anormalidade, haja vista não corresponder a simples condições do cotidiano, bem como a agravos patrimoniais irrisórios.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar se existe responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, entendeu no sentido de que esse dever de indenizar a vítima decorre do princípio da solidariedade social, dado que “toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”¹¹, ou seja, em observância ao princípio da igualdade, os indivíduos que sofreram algum tipo de lesão gerada por uma ação do poder público devem ter tal lesão compartilhada por toda a coletividade, a quem cabe repará-la.

Outrossim, é imprescindível tecer alguns comentários acerca do instituto da Responsabilidade subjetiva e objetiva. A diferença entre uma e outra forma diz respeito ao elemento da culpa ser apontado como um pressuposto do dever de reparar o dano ou não. A responsabilidade subjetiva é a que necessita do elemento dolo ou culpa para poder se configurar, visto que “[...] a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável [...]”¹². De outro modo, para a responsabilidade objetiva se caracterizar basta que exista um dano e seu nexos de causalidade, não sendo necessária a presença de qualquer elemento subjetivo.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **Revista JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 02, jul./dez.2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75732>>. Acesso em 23 mar. 2016.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1048-1052.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 262.651-1 SP. Recorrente: Auto Viação Urubupungá LTDA. Recorrido: Elisa Farah. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 2004. **Diário de Justiça**: 06.05.2005.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, a responsabilidade do Estado, no que diz respeito a atividades comissivas, será objetiva, em razão de ser o próprio Estado o causador do ilícito que pode acarretar algum evento lesivo. Quanto aos danos ocasionados por condutas estatais omissivas, ainda conforme Mello¹⁴, é cabível a teoria da responsabilidade subjetiva, vez que o Estado não agiu, ou seja, não foi o autor do dano, e, por esse motivo, só é possível responsabilizá-lo se tiver o dever legal de impedir o evento danoso. Entretanto, além da ausência do serviço e da constatação do dano sofrido, faz-se necessária a presença de culpa ou dolo na omissão estatal quando tinha a obrigação de atuar para evitar o dano.

Cavaliere¹⁵ não concorda plenamente com esse entendimento, pois acredita que a responsabilidade subjetiva, no caso de atos omissivos, só valerá para as omissões genéricas da Administração, as quais são aquelas em que o Estado não tem como impedir, por meio de seus agentes, eventuais danos que venham acontecer aos seus administrados. Desse modo, em se tratando de omissões específicas, que são as que o Poder Público está obrigado de evitar o dano, a responsabilidade por omissão estatal será do tipo objetiva, observando o disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Insta ressaltar que o Estado possui uma presunção de culpa no que diz respeito à responsabilidade subjetiva nos casos de omissão, haja vista, de acordo com Di Pietro,¹⁶ ser o próprio ente estatal o responsável pela comprovação de que utilizou meios adequados e disponíveis, bem como agiu com diligências. Assim, não cabe ao administrado demonstrar que houve dolo ou culpa na ausência de conduta do Poder Público. Ademais, somente no exame de cada caso concreto é que se pode identificar se a conduta da Administração é exigível ou não, em razão de que “[...] tem aplicação no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano”¹⁷.

Cahali¹⁸ reconhece a existência de controvérsia no âmbito doutrinário quanto aos pressupostos da ação e da omissão do Estado como fundamento da responsabilidade civil, ressaltando que, na verdade, deve-se observar a questão da exigibilidade da conduta omissiva

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1039.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 1041.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **Revista JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 05, jul./dez.2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75732>>. Acesso em 23 mar. 2016.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 729.

¹⁷ *Ibid.*, p. 728.

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 218-221.

do Estado como a causa do dano indenizável, tendo em vista que, se a atuação estatal for considerada exigível, a conduta omissiva implicará a responsabilidade civil do Estado pelos danos consequentes dessa omissão que foram sofridos pelo particular, mesmo quando alguns fatores estranhos tenham concorrido para isso, como é o caso dos fatos da natureza ou atos de terceiros, entre outros. Por outro lado, quando não for exigível, não será possível imputar o evento danoso à conduta omissiva da Administração, posto que tal conduta se caracteriza, apenas, como uma condicionante do evento ensejador do dano, incapaz de motivar a responsabilidade estatal.

De mais a mais, Di Pietro¹⁹ salienta que o STF está estendendo a responsabilidade civil do Estado para as situações que não dependem da aplicação da teoria do dano direto e imediato, haja vista já ter reconhecido que a omissão estatal foi determinante para o cometimento de estupro por parte de um fugitivo de penitenciária, caracterizando a responsabilidade civil estatal. Já em outro julgamento, o Supremo reconheceu a responsabilidade do Poder Público pelos danos ocasionados em razão da ausência de policiamento ostensivo.

Portanto, como se pode perceber, a análise jurisprudencial assume um papel essencial no que concerne à responsabilidade civil por omissão, mas, apesar de tamanha importância, ainda não existe um entendimento pacífico, o que pode acarretar o crescimento da sensação de insegurança jurídica. Por outro lado, o mesmo não é verificado no âmbito da responsabilidade por ação, a qual possui previsão expressa na Constituição Federal no sentido da responsabilidade da Administração Pública ser objetiva pelos atos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros²⁰.

2 DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO PELA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Partindo da idéia de que o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito à assistência farmacêutica, são encargos do Estado, pois, nos termos do art. 196, da Constituição Federal de 1988, necessita desenvolver políticas públicas que assegurem a efetivação desses direitos, é preciso analisar o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado para a sua garantia. Deve-se, ainda, levar em consideração que o art. 23, II, da CF, estabelece a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para “cuidar da saúde e

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 730.

²⁰ PINTO, *apud* BRAGA NETTO, *Op. Cit.*, p. 185.

assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Entende-se por competência comum aquela em que todos os entes federativos possuem esforço conjunto, simultâneo e paralelo de determinadas matérias,²¹ caracterizando a responsabilidade solidária para o seu devido cumprimento.²²

O parágrafo único do art. 23 da CF estabelece que “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (grifos nossos). Conforme Mendes,²³ o objetivo desse parágrafo é impedir que haja choques, bem como dispersão de recursos e esforços, conjugando as ações dos entes públicos a fim de obter resultados mais satisfatórios. Dessa maneira, todas as entidades federadas podem ser demandadas no polo passivo das ações que buscam alguma prestação dos aludidos direitos garantidos constitucionalmente, pois existe responsabilidade solidária entre elas. Essa é a posição pacífica no âmbito da jurisprudência brasileira, havendo tese do Supremo Tribunal Federal firmada com repercussão geral nesse sentido.²⁴

Além do mais, o Supremo, durante o julgamento do Agravo Regimental nº 271286 RS,²⁵ firmou entendimento de que o Poder Público poderá ser responsabilizado, ainda que seja por omissão, quando for indiferente ao problema da saúde de seus cidadãos, já que essa conduta será considerada grave por violar o texto constitucional.

Por sua vez, quanto à distribuição federativa de responsabilidades na esfera do fornecimento de medicamentos, Andrade²⁶ afirma que, primeiramente, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 545, de 20 de maio de 1993, visando descentralizar as ações e serviços de saúde pública. Para tanto, instituíram-se as Comissões Intergestores e os Conselhos de Saúde, os quais seriam os responsáveis pelo gerenciamento do processo de descentralização, bem como do planejamento integrado de cada esfera governamental. Outrossim, é através dos Pactos pela Saúde que a responsabilidade de cada ente público, concernentes ao financiamento, ao fornecimento e à dispensa da assistência farmacêutica são definidas.²⁷ E, visando possibilitar a repartição de responsabilidades, além do acesso a medicamentos, foram

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 866.

²² *Ibid.*, p. 872.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 840.

²⁴ STF – RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015.

²⁵ STF – RE-AgR 271286 RS, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013- 07 PP-001409.

²⁶ ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 83-84.

²⁷ *Ibid.*, p. 85.

criados componentes da assistência farmacêutica, os quais têm relevância judicial por estarem relacionados à legitimidade passiva dos entes federativos nas ações judiciais que demandam bens ou serviços de saúde.²⁸

Já a Lei federal nº 8.080/1990, repartiu as competências de cada entidade federada no que se referem às suas atribuições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, entre os seus artigos 16 a 19. Sendo assim, nota-se que há uma distribuição de responsabilidades dentro de cada competência das entidades, sem existir uma espécie de hierarquia entre elas.

Por conseguinte, em que pesem as legislações infraconstitucionais instituírem a descentralização dos entes federados para promoverem o direito à saúde através dos serviços públicos, está consolidado o entendimento da jurisprudência brasileira de que a responsabilidade desses entes será solidária, em virtude da previsão constitucional quanto ao assunto. Dessa maneira, tanto a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal possuem o dever de garantir o direito à saúde e podem figurar no polo passivo das demandas, na qualidade de litisconsortes, que, de acordo com Didier,²⁹ significa que há mais de um réu na relação jurídica processual.

3 A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO DEVIDO AO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Após verificar que todas as entidades da Federação respondem solidariamente pelas questões que envolvem o direito à saúde, especialmente quanto à assistência farmacêutica, é imprescindível fazer uma análise a respeito dos casos em que o Poder Público é responsabilizado por não cumprir a sua obrigação de efetivar o direito à saúde.

Primeiramente, dúvidas não restam quanto ao Estado poder ser responsabilizado civilmente quando os seus agentes, que estiverem nessa qualidade, causarem danos a terceiros, até mesmo nas hipóteses em que houve omissão ao deixar de agir, ou ter agido insuficientemente, quando possuía o dever legal de impedir o fato danoso. No entanto, seguindo o entendimento de Braga Netto,³⁰ realizar a distinção das omissões que causam a responsabilidade estatal daquelas que não o responsabilizam não é algo muito simples, tendo

²⁸ Ibid., p. 85-86.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 449.

³⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 191.

em vista que alguns fatores devem ser analisados, tais como o nexos causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, bem como a configuração da omissão. Pois, caso a omissão seja mais genérica, a responsabilidade do ente estatal por ela será mais difícil; de outro modo, caso seja mais específica, será melhor de observar quando ele não cumpre tal dever, em virtude de previsão do dever de agir do Estado³¹.

Também adotando essa linha de raciocínio, Cassagne³² considera que apenas as omissões ilícitas geram a responsabilidade estatal, já que é preciso haver algum descumprimento de obrigação legal por parte do Poder Público, para, assim, ser razoável o entendimento de que a inércia do Estado foi causa determinante dos danos aos particulares.

Destarte, conforme se depreende do caput do art. 6º, conjugado com os arts. 196 a 200, todos da Constituição Federal, os entes federativos possuem o dever de prestar o direito à saúde a todos os indivíduos, logo, é perfeitamente possível que o Estado seja responsabilizado quando não cumprir com a sua obrigação legal. Ademais, de acordo com Prata,³³ a partir da atual Constituição Federal, a saúde passou a ser uma necessidade assegurada pelo Poder Público, através de políticas públicas de caráter multidisciplinar, pelo fato de atingir as outras esferas de poder, como por exemplo o Poder Judiciário, que podem intervir nesta esfera para retificar as distorções ocorridas, além de propor novas elaborações de políticas públicas. Sendo assim, a judicialização da saúde pode ser percebida como um meio de tornar eficaz o direito, previsto constitucionalmente, que não foi garantido pelo Estado.

Da mesma forma, Cunha Júnior afirma que, diante da falta ou insuficiência de prestações materiais para a efetivação do direito social à saúde, como o fornecimento gratuito de remédios, faz-se necessária a efetivação judicial de tal direito, cabendo ao seu titular exigir perante os órgãos judiciais que o Estado forneça o que for preciso para a satisfação do objeto pleiteado³⁴.

Nesse quadro, em que a vontade política de fazer valer os direitos constitucionais é praticamente inexistente, o Poder Judiciário, enquanto responsável pela manutenção da supremacia da Constituição, é frequentemente chamado para dirimir conflitos em que, de um lado, está o cidadão lutando para que as promessas da modernidade sejam efetivamente cumpridas, e, de outro lado, está o Poder Público, que, por ideologia, má

³¹ Idem.

³² CASSAGNE, Juan Carlos *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 728.

³³ PRATA, Lucília Alcione. Um Novo Locus de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260.

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 732.

gestão ou mesmo por falta de recursos, deixa de cumprir seu dever basilar.³⁵
(grifo nosso)

Há na doutrina preocupação no que se refere às decisões judiciais que impõem aos entes públicos providências a serem tomadas para garantir a efetivação do direito à saúde, em razão de que, segundo menciona Lima,³⁶ não podem ser realizadas de modo indiscriminado, irracional, sem critérios, como meio de perpetuar a desigualdade que se desenrola no acesso às ações e serviços de saúde, pois o direito à saúde não é ilimitado nem absoluto. Com efeito, os juízes devem adotar critérios racionais, compreendendo o mencionado direito como uma relação de justiça social e não como um poder individual³⁷.

Figueiredo e Sarlet³⁸ ressaltam que os órgãos do Poder Judiciário precisam atuar com a máxima cautela e responsabilidade possível ao concederem ou negarem um direito subjetivo a determinada prestação social ou, inclusive, ao declararem a inconstitucionalidade de certa atuação do Estado, vez que deve ter o cuidado de respeitar o princípio democrático, assim como o princípio da separação dos Poderes. Todavia, para Arenhart,³⁹ não há desrespeito à separação dos Poderes, posto que o juiz, por exemplo, não age como legislador, tendo em vista que não cria leis, mas sim exprime a vontade delas diante das atitudes do Poder Público; além do mais, a sua função é limitada a indicar a direção que o Estado deve tomar, não interferindo no seu *modus operandi*, o qual é encargo do Poder Executivo.

A determinação de bloqueio de verbas públicas e a fixação de astreintes quando houver descumprimento, são exemplos de medidas judiciais coercitivas que visam garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado, que, conforme Dauve⁴⁰, somente devem ser tomadas de forma excepcional, como nas situações de urgência em que existe risco de vida do requerente caso o remédio não seja garantido. A autora ainda dispõe que não procede a tese de que a autoridade judicial não possui conhecimentos técnicos suficientes a respeito da

³⁵ PRATA, Lucília Alcione. *Op. Cit.*, p. 262.

³⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 237 - p. 242.

³⁷ Idem, p. 248.

³⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, p. 31, jul. 2008. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/61269>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

³⁹ ARENHART, S. C. *apud* PRATA, Lucília Alcione. *Op. Cit.*, p. 262.

⁴⁰ DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a Intervenção Judicial**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/ana_dauve.pdf>. Acesso em 04 out. 2017. p. 27.

prescrição de medicamentos quando vão deferir ou não a concessão de medicamentos pleiteados, posto que o Estado pode apresentar os meios de provas que lhe for conveniente, como pareceres e laudos médicos. Além disso, o magistrado poderá determinar que médicos compareçam em juízo para sanar qualquer tipo de dúvida.

No tocante ao tipo da responsabilidade estatal em razão do dano gerado por uma conduta omissiva, analisando a doutrina e entendimento da jurisprudência brasileira, vale ressaltar, que existe uma divergência se ela será objetiva ou subjetiva. Contudo, observa-se posicionamentos mais recentes dos nossos Tribunais no sentido de adotarem a responsabilidade subjetiva, como por exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁴¹ que considerou a necessidade da demonstração da culpa do Estado na hipótese em que não garantiu um leito de UTI a determinado paciente, quando possuía a obrigação de fazer.

Neste contexto, considerando que o fornecimento de medicamento está inserido dentro da garantia constitucional à saúde, o Estado poderá ser responsabilizado quando não o fornecer de acordo com a teoria da culpa, ou seja, é imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, dolo ou culpa, na sua conduta omissa. Porém, quando não for possível demonstrar esse elemento, existirá a presunção da culpa, retirando da vítima o dever de comprovar que houve imprudência, negligência ou imperícia na prestação do serviço, conforme elucida Mello⁴². Na verdade, com a caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado vem o dever de indenizar, posto que não efetivou o direito constitucional da saúde, através da assistência farmacêutica, gerando um dano ao cidadão em virtude de omissão do comportamento público⁴³.

Para Maranhão⁴⁴, em razão de a saúde ser considerada um direito não-patrimonial, nas hipóteses de dano pelo não adimplemento do Estado, esse direito seria melhor protegido judicialmente através de uma tutela ressarcitória específica, como a condenação do ente público a prestar a assistência farmacêutica necessária, e não a simples tutela ressarcitória para compensação monetária do dano, isto é, com o ressarcimento em pecúnia.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 1050736, Apelação Cível nº 0004758-06.2017.8.07.0018. Apelante: Leticia Ramos Reinaldi. Apelado: Distrito Federal. Relator: Desembargadora Ana Cantarina. Brasília, 28 de setembro de 2017. **Diário de Justiça**: 06/10/2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507676614/47580620178070018-df-0004758-0620178070018?ref=juris-tabs>>. Acesso em 16 out. 2017.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1032.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1051.

⁴⁴ MARANHÃO, C. *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 211.

Em suma, percebe-se que o Poderá Público pode ser responsabilizado em virtude de não efetivar o direito à saúde mediante o fornecimento de medicamentos necessário à vida digna do indivíduo. Além do mais, cabe ressaltar que essa responsabilidade enseja a indenização dos danos acarretados, sendo preferencialmente garantido com a prestação dessa assistência farmacêutica.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado na introdução do presente trabalho, buscou-se o exame do tema a respeito do instituto da Responsabilidade civil do Estado nas situações em que se omitiu de efetivar o direito à saúde mediante a prestação farmacêutica, acarretando em um dano indenizável ao indivíduo que teve seu direito à saúde tolhido.

A Responsabilidade civil é a obrigação de indenizar um dano que foi injustamente causado. A Constituição Federal de 1988 previu expressamente no art. 37 §6º a hipótese de o Estado ser responsabilizado pelos danos que os seus agentes, quando estejam nesta qualidade, causarem a terceiros, resguardando o direito de regresso contra o responsável nas situações em que agiu com dolo ou culpa. Além do mais, para a responsabilidade extracontratual do Poder Público ser configurada é preciso que exista uma relação de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo particular.

Em que pese a regra ser a desnecessidade da demonstração da culpa para ensejar essa responsabilidade, já que o ordenamento jurídico brasileiro adota, atualmente, a teoria do risco administrativo e a responsabilidade nesse caso, em regra, é objetiva, há correntes doutrinárias e jurisprudenciais que entendem que, nas situações de omissão, a responsabilidade será subjetiva, ou seja, é imprescindível a caracterização do elemento culpa ou dolo na conduta do Estado.

Outrossim, a prestação dos serviços públicos de saúde, como o fornecimento de remédios, é uma forma de efetivar o direito fundamental à saúde pelo Estado que demanda um certo gasto de recursos públicos. Por esse motivo, existe uma grande discussão sobre a teoria da reserva do possível consistir em um óbice à prestação desses serviços públicos e à efetivação do direito à saúde, posto que as finanças públicas não são ilimitadas e precisam ser gastas de modo razoável.

De fato, é preciso levar em consideração que os direitos fundamentais, via de regra, não são direitos absolutos, podendo sofrer certos limites, a depender do caso em concreto.

Ocorre que, há um núcleo mínimo essencial que precisa ser garantido, como aquele que enseja uma vida digna. Desse modo, a intervenção judicial se faz indispensável nas situações em que é a única maneira de que esse núcleo essencial seja respeitado e garantido pelo Estado, não havendo o que se falar em desrespeito ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, considerando a obrigação de assegurar a saúde, o Estado tem o dever de reparar os administrados que sofreram algum prejuízo em virtude de determinado comportamento público lesivo ao seu direito, cabendo, inclusive, indenização como forma de reparar o dano. Quanto à responsabilização, observou-se que todos os entes federativos são responsáveis solidários para efetivar o direito fundamental à saúde e que podem figurar no polo passivo das demandas judiciais como litisconsortes.

Nota-se que a teoria adotada para justificar a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é a da culpa do serviço, a qual considera que a deficiência ou insuficiência na prestação de determinado serviço público que gerou dano a algum usuário ocasiona a responsabilidade subjetiva do Poder Público, pois, devido a imprudência, negligência ou imperícia, falhou ou prestou indevidamente tal serviço. Ademais, a obrigação estatal de reparar o administrado, nessa conjectura de responsabilidade extracontratual do Poder Público, pode ser efetuada por ordem judicial ou, até mesmo, pelo próprio Estado. Contudo, é imprescindível que haja respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade a fim de que o atendimento à determinada prestação individual não prejudique o direito de uma coletividade, pois, antes de mais nada, deve-se ter em mente que o direito à saúde, apesar de ser um direito fundamental previsto pelo atual texto constitucional, não deve ser exercido como um direito ilimitado, concedido de forma irracional para todos os que lhe pleiteiam, devendo-se analisar cada caso concreto de forma razoável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barreto de. **Direito a medicamentos**: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 out. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em:
<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 262.651-1 SP. Recorrente: Auto Viação Urubupungá LTDA. Recorrido: Elisa Farah. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 16 de novembro de 2004. **Diário de Justiça**: 06.05.2005. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em 02 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 1050736, Apelação Cível nº 0004758-06.2017.8.07.0018. Apelante: Leticia Ramos Reinaldi. Apelado: Distrito Federal. Relator: Desembargadora Ana Cantarina. Brasília, 28 de setembro de 2017. **Diário de Justiça**: 06/10/2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507676614/47580620178070018-df-0004758-0620178070018?ref=juris-tabs>>. Acesso em 16 out. 2017.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 16 out. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011. Disponível em:
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75732>>. Acesso em 23 mar. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DAUVE, Ana Carolina. **Responsabilidade do Estado no Fornecimento de Medicamentos e a Intervenção Judicial**. Disponível em:
<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/ana_da_uve.pdf>. Acesso em 04 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/61269>>. Acesso em 17 ago. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang ; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 237 - 253.

MARANHÃO, C. *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRATA, Lucília Alcione. Um Novo Locus de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 248 - 267.