

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

STATE LIABILITY AND THE OMISSION IN THE SUPPLY OF MEDICINES

Lucas André de Vasconcelos Souza¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a Responsabilidade do Estado e a possibilidade de responsabilizá-lo por seus atos omissivos, principalmente no que tange à falta de fornecimento de medicamentos. Serão estudadas diversas áreas do Direito: desde o âmbito civil – com vistas a analisar a caracterização desse tipo de responsabilidade –, até o direito constitucional, observando a efetividade de direitos fundamentais e a possibilidade de exigir do judiciário essa prestação. Este trabalho, portanto, apresenta o seu posicionamento diante de um assunto tão controverso na doutrina e jurisprudência, buscando dirimir essas discussões para que os direitos dos cidadãos sejam realmente efetivados.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Responsabilidade Civil. Omissão. Direito à saúde.

ABSTRACT: This article aims to analyze the State Liability and the possibility of holding it accountable for its omissive acts, especially regarding the lack of drug supply. Several areas of law will be studied: from the civil sphere - with a view to analyzing the characterization of this type of responsibility - to constitutional law, observing the effectiveness of fundamental rights and the possibility of demanding from the judiciary this benefit. This work, therefore, presents its position in front of a subject so controversial in the doctrine and jurisprudence, trying to resolve these discussions so that the rights of the citizens are really put into effect.

KEYWORDS: State. Civil Liability. Omission. Right to Health.

INTRODUÇÃO

O termo responsabilidade advém do latim *spondeo* e significa “prometer, garantir, responder”. A Responsabilidade Civil surgiu com o objetivo de regular a conduta do homem que causa dano a outrem. Esse tema, contudo, é bastante abrangente, uma vez que existem diversos tipos de relações entre os indivíduos – seja contratual ou extracontratual –, e cada uma possui diversos ramos e trata de diversas matérias, até porque a responsabilidade deve ser analisada por meio da observação do caso prático e da sua adequação com a lei.

¹ Responsabilidade Civil do Estado e a Omissão no fornecimento de medicamentos

É nesse diapasão que se percebeu a necessidade de regular a Responsabilidade do Estado, surgindo diversas teorias durante os anos, com vistas a compreender a sua atuação e a ocorrência de danos a terceiros. Hoje, a teoria que se adota é a do risco, pois se deve imputar a responsabilização pelo dano independentemente de culpa (responsabilidade objetiva).

Um aspecto nesse tema que encontra diversas divergências é a questão da omissão do Estado e o limite de sua responsabilidade pela falta de prestação de serviços públicos adequados. Sendo assim, é imperioso analisar esse tipo de responsabilidade, principalmente quando se trata de serviços essenciais, como é o caso da prestação à saúde.

A falta de medicamentos nos postos e em outros locais que devem fornecê-los é um tema que levanta questionamentos quanto à efetivação de deveres do Estado quando deveria fornecer um atendimento adequado para a proteção de um direito social, devendo analisar se ele pode responsabilizar outros entes que estão ligados diretamente com a prestação desse serviço.

Por se tratar de um assunto bastante delicado e muitas vezes casuístico, incumbe-nos demonstrar os fundamentos, bem como elementos necessários à caracterização da responsabilidade do Estado. Por conseguinte, é imperioso destacar qual a abrangência do conceito do *Estado* e quais entes ou pessoas jurídicas que estão inclusos nesse termo. Também será analisada, principalmente, a questão da omissão no fornecimento de medicamentos e o quanto ela é relevante para a análise da efetividade dos direitos sociais.

1 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DAS EMPRESAS CONVENIADAS AO SUS

A Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que a saúde é tanto um direito fundamental de todos, como também um 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.

É por isso que em 1990 (dois anos após a Constituição) foi criada a Lei nº 8.080 que dispõe em seu título II sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo constituído por um conjunto de ações e serviços de saúde, que são prestados de maneira descentralizada (art. 7º, IX) por órgãos e instituições públicas nos âmbitos federal, estadual e municipal, tanto da Administração direta como indireta.

A Constituição deixa clara a responsabilidade do Estado e de suas pessoas jurídicas em seu art. 37, § 6º. Além disso, as empresas conveniadas não poderão se eximir da

responsabilidade objetiva, quando se tratar dos danos provocados por conta da própria prestação de serviços. Porém, surge o questionamento se a responsabilidade do Estado perante os danos causados pelas pessoas de direito privado que prestam serviços à saúde é solidária ou subsidiária.

No que se refere às pessoas jurídicas de direito privado operadoras de planos privados de assistência à saúde, não há esse questionamento, visto que o art. 199 da Constituição Federal estabelece que é livre a iniciativa no âmbito privado. Logo, tendo em vista o princípio da livre concorrência e da livre iniciativa privada, a responsabilidade será daqueles que estão prestando os serviços, pois eles possuem patrimônio próprio, não havendo a possibilidade de o Estado destinar recursos públicos para essas instituições privadas que tenham fins lucrativos (art. 199, § 2º, CF).

Apesar disso, não é possível eximir o Estado da responsabilidade subsidiária, pois se trata de um dever dele e, principalmente, um direito fundamental dos indivíduos, devendo ser efetivado da melhor maneira, garantindo a dignidade da pessoa humana (assunto que será tratado mais adiante), até porque o Estado é entendido constitucionalmente como um agente normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando, incentivando e planejando medidas que melhor efetivem os direitos fundamentais (art. 174, CF).

O questionamento principal é sobre a responsabilidade daquele (União, Estado ou Município) que concedeu ou delegou diretamente a prestação de serviços públicos às empresas de caráter privado (concessionárias ou permissionárias). Sobre essa questão, a Constituição prevê, em seu art. 175 que incumbe ao Estado (poder público), na forma da lei, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Como prevê Celso Antônio Bandeira de Mello² o Estado não pode se eximir da responsabilidade por conta da concessão ou delegação, sejam de maneira explícita (permissionárias, concessionárias e delegadas) ou de maneira implícita (empresas públicas, sociedades de economia mista), pois:

não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 1009.

Dessa maneira, percebe-se que também que não há isenção de responsabilidade do Estado, até porque no parágrafo único, inciso I do art. 175, a Carta Magna estabelece que a lei deve dispor sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, estabelecendo o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão (inciso I). Ou seja, essas empresas estão limitadas ao Poder Público, devendo agir conforme a lei.

Dessa maneira, Di Pietro³, em sua obra específica sobre o tema, afirma que a poder concedente – seja ele a União, Estado ou Município – irá responder de forma subsidiária, caso a concessionária não tiver bens suficientes para arcar com as exigências necessárias para a efetivação da prestação à saúde.

Portanto, todas as entidades de direito privado que prestam serviço público relacionado à saúde devem responder em nome próprio, com o seu patrimônio, pois como afirma Cavalieri Filho⁴, elas possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e capacidade próprios, devendo arcar não apenas com o bônus, mas também com o ônus. O Estado, nesses casos, responde apenas subsidiariamente.

Para que não haja dúvidas sobre o assunto, o art. 25 da Lei nº. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece a responsabilidade direta e pessoal dessas empresas por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que seja atenuada ou excluída a responsabilidade, não havendo que se falar, portanto, em responsabilidade solidária.

Com esse posicionamento, acabamos por não considerar a possibilidade de a prestação de serviços públicos ser incluída como uma relação de consumo. Se assim fosse, estaríamos falando em responsabilidade solidária quando houvesse acidente de consumo. Porém, entendemos que a Responsabilidade do Estado está relacionada ao âmbito civil, mesmo que seja de caráter público (discussão essa que não cabe a este artigo). Dessa maneira, a concessão ou permissão não retira o caráter civil e a aplicação das normas até então estudadas.

No que se refere ao âmbito processual, o lesado, muitas vezes, entra com ação contra a União, o Estado e os Municípios e a empresa prestadora de serviços públicos. Na sua defesa,

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 88. In: BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 31.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014, p. 306.

o Estado, em nome de um desses entes, requer o direito de preferência, devendo a concessionária ou permissionária responder pelos prejuízos causados. Além disso, afirma-se que há ilegitimidade de pelo menos um desses entes, pois o SUS funciona de maneira descentralizada, não podendo, assim, responder todos os três entes simultaneamente.

Quanto à primeira alegação, devemos concordar, mas desde que, no caso concreto, a empresa possua condições financeiras para prover imediatamente o serviço. Caso contrário, entendemos que o indivíduo não deve aguardar a demora processual, nem a recomposição financeira da empresa, podendo o juiz deferir a liminar que concede a prestação à saúde e, se for o caso, o fornecimento de medicamento essencial para a sobrevivência do indivíduo.

A segunda alegação, porém, não merece prosperar, pois a Constituição Federal atribuiu, indistintamente, à União, aos Estados e aos Municípios o dever de prestar serviços de saúde a toda comunidade. A Lei nº. 8.080, especificamente em seu art. 2º, também não faz distinção quanto aos três entes, respondendo eles solidariamente para efetivar esse direito fundamental. É assim que decidem os tribunais:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda 5. Recurso especial desprovido. ..EMEN: (RESP 200300097763, JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:17/11/2003 PG:00213 ..DTPB:..).⁵

2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO DE MEDICAMENTOS

2.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA?

⁵ RESP 5072005/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.11.2003, p. 213.

No que se refere à responsabilidade do Estado pelos atos comissivos, é inquestionável a aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Porém, surge o questionamento se esse dispositivo trata apenas dos atos comissivos, ou se também é possível aplicar para aqueles atos em que o Estado deveria agir, mas se omitiu – seja por não fornecer diretamente um medicamento quando deveria (conduta realizada por algum de seus agentes), como também por não fornecer subsidiariamente, quando as concessionárias ou permissionárias não tiverem fornecido.

Durante os anos, foram surgindo responsabilizações pelos atos omissivos, até porque é dever legal do Estado prestar serviços para os cidadãos para que seus direitos sejam efetivados. Inclusive um deles é o próprio serviço à saúde, direito social, entendido como fundamental para sobrevivência do ser humano e proteção à sua dignidade.

Mas quais seriam os pressupostos para essa responsabilização? É necessário demonstrar a culpa do Estado (responsabilidade subjetiva), ou apenas com a comprovação da conduta omissiva, do nexo de causalidade e do dano já determina que esse ente seja responsabilizado?

A doutrina e a jurisprudência divergem bastante sobre o assunto, provocando incerteza quanto ao preenchimento dos requisitos. Sendo assim, cabe-nos aqui apresentar nosso posicionamento, principalmente no que se refere ao dever de prestação à saúde (dever legal do Estado).

Hoje, diversos autores, incluindo Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como também diversos tribunais, como o STJ, começaram a adotar a teoria subjetivista na omissão estatal, este último, inclusive, acaba entendendo que se trata de uma discussão pacífica, mas entendemos que está longe de ser⁶.

Bandeira de Mello⁷ defende que se deve aplicar a teoria subjetivista, pois como o Estado não agiu positivamente, ele não pode ser o autor do dano. Ademais, a omissão estaria sempre ligada a um comportamento ilícito, logo, é obrigatória a análise da culpa, pois não haveria conduta ilícita do Estado “que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 607.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 1013.

Aqueles que consideram a responsabilidade por omissão através da concepção objetivista, defendem que não é possível aplicar dois regimes de responsabilidade para um ente só, quando ele age e outro quando deixa de agir, pois o que modifica são apenas as circunstâncias do caso concreto. Ademais, entende-se que o art. 37, § 6º não especifica a conduta positiva, abrangendo ambas as condutas. Entre os autores adeptos a essa corrente, podemos citar Sérgio Cavalieri, Hely Lopes Meirelles, Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto.

Em nosso entender, é totalmente cabível a aplicação da concepção objetivista, pois o art. 37, § 6º apenas refere-se ao dano que os agentes do Estado podem causar a terceiros. Ou seja, basta a presença do dano e o nexo de causalidade para que haja a responsabilização. Ademais, no fim do mesmo parágrafo, a Constituição estabelece que é possível o direito de regresso do Estado para os agentes que agiram com dolo ou culpa. Ou seja, não é necessário que esses elementos estejam presentes na omissão, até porque deve ser entendida a conduta em *lato sensu* (ação e omissão).

Cavalieri Filho⁸ ainda acrescenta que o ato ilícito nem sempre está relacionado com o elemento subjetivo culpa do art. 186. Esse ato também pode ser entendido em sentido amplo, relacionado com a simples contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem necessitar de culpa. Essa vem sendo também a posição do STF que adota, expressamente, a teoria objetiva.

Um ponto que merece destaque é que alguns acreditam que a adoção da teoria objetiva aumenta deliberadamente e sem medidas a responsabilidade do Estado, provocando uma banalização do instituto. Mas não é isso que acontece. Como se verá adiante, o nexo causal estabelece a relação entre a omissão e o dano, logo, não haveria que se falar em “banalização”. Pelo contrário, o Estado só irá responder quando realmente deveria agir, mas não agiu. A omissão, portanto, precisa ser a causa do dano⁹.

No tocante à prestação de serviço público na área de saúde, o assunto é menos divergente, pois é incontestável que o Estado possui o dever de efetivar esse direito social. Logo, trata-se de uma omissão específica, fundamentada pelo texto constitucional.

A nosso ver, nos casos em que há a falta de fornecimento de medicamentos, a discussão sobre qual corrente aplicar torna-se menos imperiosa, pois, na maioria dos casos, o

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2014, p. 297.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 609.

Estado agiu de maneira negligente, mesmo que indiretamente. Logo, independentemente da corrente adotada, ele irá responder pela omissão.

Porém, para evitar casos em que não seja enquadrado esse aspecto, como também para não demandar da vítima (a vulnerável da situação) a comprovação de culpa do Estado, deve-se sempre adotar a teoria objetiva, pois, em alguns casos, podem-se provocar injustiças, ficando a vítima desamparada por não haver comprovado a culpa¹⁰.

Por mais que o STJ preponderantemente discorde da teoria objetivista, a situação acaba sendo diferente no que se refere à prestação à saúde e até em outros casos específicos, pois entende-se que essas circunstâncias exigem do Estado um dever de agir mais rigoroso.

Reconhece-se que “ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública.”¹¹

2.2 NEXO DE CAUSALIDADE

Por mais que se diga que nos casos de responsabilidade civil objetiva por omissão basta apenas a comprovação do nexo de causalidade, isso muitas vezes não é uma tarefa tão simples, pois é necessário analisar se, no caso concreto, a omissão do Estado realmente causou o dano que a vítima alega, observando o dano direto e imediato e a teoria da causalidade adequada.

Portanto, não é qualquer omissão que provoca o dever de indenizar do Estado, mas apenas aquelas chamadas de “omissões qualificadas”, também chamada de omissão juridicamente relevante, que demonstra que o ato de não agir do Poder Público foi inadequado e injusto.

Quando se trata de omissão de medicamentos, deve o indivíduo comprovar que buscou a prestação estatal e que sua prestação não foi atendida. Geralmente, o que observamos é que os indivíduos possuem cadastro no SUS e mensalmente recebem medicamentos que estão listados no rol desse sistema, como autorizados para ser fornecidos à população. Sendo assim, quando o indivíduo vai ao local que recebe o medicamento e recebe

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 610.

¹¹ STJ, REsp 1236863, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 27.2.2012.

a notícia de que o remédio não chegou ou de que o Estado não teve condições de fornecer naquele mês, já resta comprovado o nexo de causalidade, diante da omissão de fornecer o medicamento e do dano que a vítima terá por não tomar a dose recomendada pelo médico, o que vem a causar, muitas vezes até a morte do indivíduo.

2.3 CONCORRÊNCIA DE CAUSAS

Quando ocorre a concorrência de causas, ou seja, diversas causas provocam o resultado final *dano*, é possível que a responsabilidade do Estado seja atenuada ou limitada ao dano causado por ele. Vale ressaltar que aqui não está se referindo à culpa concorrente (espécie de concorrência de causas), mas sim às possibilidades em que o nexo causal ocorreu por condutas diversas. Essa ressalva é importante, pois alguns confundem os dois termos, acabando por descartar esse assunto quando se trata de responsabilidade objetiva.

Quando remetemos esse tema à omissão de medicamentos pelo Estado, a aplicação da concorrência de causas é muito restrita, pois no caso concreto, é difícil demonstrar que a omissão da prestação de serviço à saúde não foi o fator direto e imediato para a ocorrência do dano.

Porém, não se pode afirmar que é impossível a aplicação desse tema, mesmo que sejam em casos bastante atípicos. A título de exemplo, podemos imaginar uma situação em que o Poder Público disse ao particular que forneceria o medicamento às 09h00min. Porém, quando o indivíduo chega ao estabelecimento, o Estado pede para que ele aguarde ou retorne às 11h00min, pois houve um problema no momento da refrigeração do medicamento, apenas estando pronto para ser entregue nesse último horário. O indivíduo, entretanto, não deseja aguardar e vai embora. Por desleixo da vítima, ela não retorna ao local para obter o medicamento e só retorna após 02 dias. Mesmo obtendo o remédio após esses dias, os prejuízos causados pela omissão já não conseguem ser revertidos, levando a vítima a uma paralisia cerebral.

Dessa maneira, por mais que haja ressalvas, alguns podem considerar que houve concorrência de causas, pois o resultado final apenas ocorreu tanto devido a não prestação pelo Estado na hora exata – acarretando em um inadimplemento da obrigação – como também foi agravado porque a vítima não quis esperar um prazo razoável e deixou de voltar novamente para o local, mesmo tendo condições para isso.

Através da análise desse caso, percebe-se que esse tema raramente é aplicado na prática e possui pontos muito delicados, podendo, inclusive, encontrar divergências quanto à possibilidade de aplicação pelo juiz. É por isso que o magistrado deve analisar analiticamente o caso e observar qual a melhor forma para que o Estado possa responder pelos seus atos, podendo, inclusive, atenuar a responsabilidade.

No caso apresentado, uma das defesas que o Poder Público poderia apresentar seria comprovar que a espera de 03 horas não acarretaria no resultado final, alegando fato exclusivo da vítima. Porém, por se tratar de responsabilidade objetiva e por haver a vulnerabilidade da vítima, é possível que o magistrado não considere essa defesa, até porque houve um inadimplemento por parte do Estado, devendo ele responder por isso.

Vale ressaltar, ainda, que quando se trata de concausas, a responsabilidade do poder público não é excluída, sejam elas preexistentes, concomitantes ou supervenientes. Estas últimas apenas podem afastar a responsabilidade quando elas forem exclusivamente responsáveis pelo dano, gerando um novo nexo causal.

Mas reafirmamos: quando tratamos de omissão do Estado, esses assuntos ficam mais delicados (como se já não fossem). Logo, a possibilidade de encontrar casos em que se possa diminuir ou retirar a responsabilidade do Estado é mínima, cabendo ao magistrado, convenientemente, analisar o caso específico.

2.4 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Como dissemos, quando se refere à omissão do Estado é bastante complicado desvincular a sua omissão com o dano final causado, sendo uma tarefa árdua ou até impossível para o Poder Público provar que sua omissão de nada contribuiu para o resultado final, quando este se refere ao dano relativo à própria doença.

Alguns autores acreditam que, quando o assunto é omissão do Estado, não pode haver a exclusão de sua responsabilidade, como é o caso da eminente Di Pietro¹², que afirma:

Mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 725.

A mesma regra também se aplicaria quando se trata de ato de terceiros:

Como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado. Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima.

Ainda no âmbito dos exemplos referentes ao fornecimento de medicamentos, podemos considerar como fato exclusivo da vítima a situação em que o indivíduo vai ao local antes do dia estabelecido para pegar o medicamento e o Estado, por algum motivo, não pôde fornecê-lo, requisitando que ele volte no dia correto. Porém, mesmo após o Estado ter ligado para o indivíduo no dia correto para receber seu medicamento, ele, por desleixo, não vai ao local e acaba sofrendo uma paralisia cerebral por conta disso. Ora, aqui não há que se falar em omissão do Estado, pois quando o indivíduo foi ao local, a pretensão ainda não estava exigível, não ocorrendo, portanto, o inadimplemento da prestação.

3 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). Logo, por se tratar de um princípio fundamental com valor supremo, inclusive, como o supra princípio que irá nortear todos os outros, é necessário que todas as medidas do Estado tenham como objetivo preservar e efetivar esse princípio tão importante para garantir aos cidadãos uma vida justa e digna.

O eminente autor Ingo Sarlet¹³, em sua magnífica obra que trata da dignidade da pessoa humana, não poderia conceituar esse termo melhor:

Temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 60.

complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É nessa perspectiva que passaremos a analisar as garantias constitucionais do direito à saúde, tendo em vista ser uma das maneiras de garantir que a dignidade da pessoa humana seja efetivada e preservada.

3.2 DIREITO À SAÚDE E SUA EFICÁCIA

Os direitos sociais surgiram com o objetivo de resolver a desigualdade social que surgiu após o período da guerra. Esses direitos possuem fundamento na solidariedade humana. “Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras”¹⁴.

Eles estão ligados necessariamente com a possibilidade de os indivíduos exigirem do Estado para que atuem com vistas a garantir as liberdades fundamentais e reduzir as desigualdades existentes entre os cidadãos.

Como podemos observar, e como o próprio autor Dirley Jr. estabeleceu, a dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos sociais. Portanto, devemos estudar o direito à saúde, observando que o Estado deve agir (e não se omitir) para que os medicamentos sejam prestados aos indivíduos necessitados, igualando-os com aqueles que possuem condições para ter um tratamento particular. Porém, como já vimos, independentemente de o serviço ser prestado pelo próprio Estado ou por pessoas jurídicas privadas, a responsabilidade do Poder Público subsiste, uma vez que é um dever dele, como preconiza o art. 196 da Constituição Federal.

O direito à saúde é um direito intrinsecamente ligado ao direito à vida. O Estado deve agir para que seja garantido o mínimo existencial, uma vez que há a necessidade de o Estado Social “intervir para assegurar a existência vital da pessoa humana”¹⁵, propiciando da maneira mais adequada a prestação desse serviço. Mas a partir disso, surge o questionamento

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 649.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 660.

de qual grau de eficácia esse direito possui, se deve ser aplicado imediatamente ou após a formulação de uma regulamentação.

Dirley Jr.¹⁶ trata muito bem do assunto ao estabelecer alguns pontos que merecem destaque. A priori, devemos deixar claro que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, o que diferencia é a “carga eficaz” delas.

O § 1º do art. 5º da Constituição Federal prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O referido autor acredita que essa aplicabilidade imediata (eficácia plena) não se aplica apenas aos direitos previstos no art. 5º, mas a todos os direitos fundamentais, devendo haver uma interpretação teleológica e sistemática. Devemos concordar com essa posição, pois não haveria sentido limitar a eficácia do direito à saúde, uma vez que está diretamente relacionado com o direito à vida e principalmente com a dignidade da pessoa humana.

Porém, isso não impede que as ações e os serviços de saúde, para que melhor se efetivem, sejam regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público (art. 197, CF).

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL

Por último, impende destacar que a prestação de serviços à saúde possui uma limitação: a reserva do possível. Esse instituto, que foi criado na década de 1970 na Alemanha, tem como objetivo não apenas limitar a atuação do Estado por conta dos recursos materiais e financeiros existentes, mas também – e principalmente – para analisar a razoabilidade dos pedidos e exigências que os indivíduos realizam perante o Estado¹⁷.

Porém, no Brasil, o principal argumento utilizado é a questão econômica e financeira, entendendo que a efetividade dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos públicos. O Estado, inclusive, utiliza esse argumento para se eximir da responsabilidade de fornecer medicamentos para os cidadãos. Porém os tribunais entendem que isso deve ser uma exceção:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. PESSOAS

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 553-562.

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 668.

CARENTES. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DO MUNICÍPIO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. 1. Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que deferiu o pedido da Autora de antecipação dos efeitos da tutela, afim de determinar à União, ao Estado de Pernambuco e ao Município de Petrolina que forneçam à Agravada, no prazo de 5 (cinco) dias, o medicamento TRASTUZUMABE, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 200,00. 2. O artigo 196, da Constituição Federal, e a Lei nº 8.080/90, dispõem que a saúde pública é dever do Estado, a ser cumprido, através do SUS, com a participação conjunta da União, dos Estados e Municípios. Assim, o Município possui legitimidade para integrar o polo passivo nas ações nas quais se busca o fornecimento de medicamentos inacessíveis a portadores de doenças, em razão das respectivas hipossuficiências. 3. Compete ao Judiciário garantir a devida observância aos ditames imperativos máximos constitucionalmente estabelecidos, não havendo, pois, que se falar em ingerência indevida no âmbito administrativo, ao impor ao Estado a concretização do direito fundamental à saúde para determinado cidadão, sem implicar com isso ofensa aos princípios da isonomia e impessoalidade. 4. A Teoria da Reserva do Possível apenas é aplicável quando demonstrado efetivamente o comprometimento do orçamento pelo fornecimento do medicamento, o que não restou comprovado. Agravo de Instrumento improvido.¹⁸

Porém, em nosso entendimento, a teoria da reserva do possível não retira a aplicabilidade dos direitos sociais (ou pelo menos não deveria retirar). No Brasil, os problemas financeiros acabam sendo obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, o que acaba sendo bastante lamentável. Compartilhamos do mesmo pensamento de grandes autores, como Andréas Krell e Dirley Jr que afirmam que os direitos sociais não podem depender de “caixas cheios”, representando uma “violenta frustração da vontade constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem-Estar Social”¹⁹.

A Constituição Federal, no que se refere ao orçamento fornecido à saúde estabelece, em seu § 1º, do art. 198 que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Além disso, também são previstos os valores que cada ente irá reservar, anualmente, para a prestação à saúde (§ 2º):

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

¹⁸ AG 00010498020124050000, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::24/10/2012 - Página::347.

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 670.

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

Para finalizar o estudo, terminamos com a frase do autor Dirley Jr.²⁰ que estabelece que “a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade”.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise dogmática e jurisprudencial da responsabilidade do Estado e principalmente a análise da responsabilização pelos atos omissivos. A partir deste artigo, foi possível observar que se trata de um tema bastante delicado e que deve receber bastante atenção, tendo em vista o grande leque de relações que os indivíduos possuem com o Estado e adquirem ao longo dos anos.

Através do estudo, percebe-se que é possível, sim, a responsabilidade do Estado pela omissão no fornecimento de medicamentos, pois se trata de um dever fundamental, relacionado ao direito à saúde, que não pode ser negligenciado, uma vez que a dignidade humana deve ser sempre preservada.

Foi essencial a análise da responsabilidade civil, apresentando seus pressupostos, requisitos, excludentes entre outros aspectos, para observar como o Estado pode ser enquadrado na responsabilidade por suas condutas (sejam elas comissivas ou omissivas). Dessa maneira, a análise constitucional complementou esses aspectos ao estabelecer que esse tema não pode ficar apenas no âmbito teórico, mas também no prático e efetivo, para que os cidadãos possam ver seus direitos sendo prestados adequadamente e que sejam reduzidos, ao máximo possível, os danos causados pela omissão do Estado, este que é um garante para a efetivação dos direitos sociais.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 675.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. **Responsabilidade Extracontratual do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1236863. Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 27.2.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 5072005/PR. Rel. Min. José Delgado, DJ 17.11.2003, p. 213.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AG 00010498020124050000, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 24/10/2012 - Página: 347.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.