



**HELENA CECÍLIA ARRUDA OLIVEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA  
PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

**BRASÍLIA  
2010**

**HELENA CECÍLIA ARRUDA OLIVEIRA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA  
PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Monografia apresentada como requisito para a  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Dr. Héctor Valverde Santana

**BRASÍLIA  
2010**

OLIVEIRA, Helena Cecília Arruda

A responsabilidade civil do estado na prestação de medicamentos de alto custo/Helena Cecília Arruda Oliveira. Brasília: UniCEUB, 2010.

fls. 50

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.  
Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana

## RESUMO

A presente monografia trata sobre a prestação de medicamento de alto custo pelo Estado Brasileiro. Para se chegar a uma conclusão foi feita uma ampla análise da responsabilidade civil, além de um breve estudo acerca da evolução desse instituto no direito positivo brasileiro. Ao longo desse estudo tornou-se imperiosa também uma breve análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana além de se estudar o direito à vida e à saúde de que cada indivíduo dispõe. Mas além de uma explanação rápida sobre o que é a conduta omissiva do Estado ante a prestação de medicamentos. Por fim, tem-se que o objeto do presente trabalho está nas determinações judiciais que têm constituído um forte ponto de conflito perante os elaboradores e executores das políticas públicas na prestação de medicamentos de alto custo e o entendimento jurisprudencial dos tribunais. Ao final deste estudo a conclusão se deu no sentido de que o direito que o cidadão dispõe no recebimento dos medicamentos de alto custo depende caso a caso e deve ser analisado minuciosamente de acordo com critério estabelecidos, o que ocorre em grande parte das vezes a favor do indivíduo requerente.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil, Estado, direito subjetivo, políticas públicas, direito à saúde, tratamento de alto custo

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Art. - artigo

CF. - Constituição Federal

Obs. - observação

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Antecedentes históricos da responsabilidade do Estado.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Teorias acerca da responsabilidade do Estado .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 <i>Teoria da irresponsabilidade.....</i>	<i>12</i>
1.2.2 <i>Teorias Civilistas .....</i>	<i>12</i>
1.2.2.1 <i>Culpa Anônima .....</i>	<i>14</i>
1.2.2.2 <i>Responsabilidade Objetiva .....</i>	<i>15</i>
1.2.3 <i>Teorias Publicistas.....</i>	<i>16</i>
1.2.3.1 <i>Teoria do risco administrativo .....</i>	<i>16</i>
1.2.3.2 <i>Teoria do risco integral .....</i>	<i>17</i>
<b>1.3 Responsabilidade civil do Estado no direito positivo brasileiro.....</b>	<b>18</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE CONDUTA OMISSIVA .....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 Requisitos para a responsabilização estatal .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2 Responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva .....</b>	<b>23</b>
<b>2.3 Responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva.....</b>	<b>25</b>
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1 Princípios constitucionais.....</b>	<b>28</b>
3.1.1 <i>Direito à Vida.....</i>	<i>28</i>
3.1.2 <i>Direito à saúde.....</i>	<i>29</i>
3.1.3 <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....</i>	<i>34</i>
<b>3.2 A conduta omissiva ante a Responsabilidade Civil do Estado e os medicamentos de alto custo.....</b>	<b>36</b>
<b>3.3 O tratamento de alto custo.....</b>	<b>37</b>
3.3.1 <i>O fornecimento de tratamentos de alto custo pelo Estado .....</i>	<i>37</i>
3.3.2 <i>A atuação judicial frente à negativa de disponibilização de tratamentos de alto custo .....</i>	<i>40</i>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

A idéia de responsabilizar o agente causador do dano existe desde os primórdios, com a diferença de que naquele tempo o dano causado a outrem gerava uma reação imediata chegando a ser brutal a represália aplicada pelo lesado ao ofensor. Não havia qualquer tipo de proporcionalidade entre o dano causado e a lesão sofrida, sendo uma forma primitiva e selvagem de reação do homem, para compensar o dano experimentado.

Com a Revolução Industrial (séc. XVIII) e com o início do sistema capitalista, além de uma considerável evolução tecnológica a sociedade passou por mudanças relevantes no que tange aos institutos jurídicos. Começou a surgir a idéia de submissão do Estado ao Direito, dando origem ao reconhecimento dos direitos dos indivíduos, o Estado deixava de ser imputável.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito nasce a idéia de responsabilização Estatal. Reconhecendo-se sujeição de todos, pessoas físicas ou jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado, ao ordenamento jurídico, o dever de responder por conduta que venha a transgredir a esfera de proteção jurídica alheia, começa a ser indispensável. Não há que se falar em Estado de Direito diante da impossibilidade de responsabilizar o Estado pela atuação de seus agentes.

Em termos de evolução da obrigatoriedade Estatal, a administração viveu fases distintas, apresentando uma linha evolutiva bastante acentuada de acordo com cada momento histórico, indo da irresponsabilidade para a responsabilidade, para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral.

No que tange à aplicação da Teoria Objetiva quanto à conduta comissiva, a doutrina e jurisprudência são incontroversas.

Em relação à natureza jurídica da conduta omissiva existem dois posicionamentos doutrinários, um adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria

Sylvia Zanella di Pietro, entre outros que defendem que, tal responsabilidade tem natureza subjetiva, restando, portanto, a natureza objetiva apenas por responsabilizar as condutas comissivas. De outro lado, aponta Sérgio Cavaliere Filho que, deve ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva tanto para a conduta comissiva como para a omissiva, aplicando-se, para ambas, a norma do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Essa divergência vem alcançando o Poder Judiciário, ocasionando obstáculos no curso dos processos, em razão das discussões sobre qual a natureza jurídica da responsabilidade do Estado por condutas omissivas, condutas essas que geraram danos aos administrados.

Para maior entendimento sobre a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas deve-se traçar preliminarmente algumas considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil e seu desenvolvimento, assim como a aplicação destas teorias no Brasil, formando posteriormente, jurisprudências. Pesquisar-se-á a linhagem dos estudos sobre a responsabilidade civil do Estado, através de pesquisas doutrinárias, até os dias atuais onde temos a Teoria do Risco Administrativo que busca adequar as condutas omissivas e comissivas do Estado para solucionar de maneira mais eficaz a aplicação da responsabilidade, bem como a reparação do dano.

O foco do estudo é a grande discussão que envolve a responsabilidade do Estado diante do fornecimento de medicamentos de alto custo, sendo grande a divergência entre doutrinadores e operadores do direito, acerca da obrigatoriedade do Estado em garantir a saúde do indivíduo, por meio do fornecimento de medicamentos de alto custo, sejam eles de uso permanente e contínuo ou não.

Nos casos de cidadãos que necessitem o uso de medicamentos alto custo para melhorar sua qualidade de vida, a grande polêmica esta firmada na idéia de que, o fornecimento de um medicamento com o custo muito elevado a um só indivíduo poderia comprometer a assistência de saúde pública de milhares de outros indivíduos da sociedade.

O Estado defende a idéia de que, o fornecimento dos medicamentos de alto custo, em certos casos, pode gerar grave lesão à ordem publica, à saúde e economia pública, e que decisões favoráveis ao seu fornecimento poderão levar a um efeito multiplicador de

ações, invocando para tanto a teoria da reserva do possível como fundamento para o não fornecimento dos medicamentos.

Ao se falar na prestação de medicamentos de alto custo pelo Estado os defensores da existência da responsabilidade estatal baseiam suas teses pelo disposto na Constituição Federal de 1988, nas leis infraconstitucionais, nos princípios básicos norteadores do direito e nas regras da responsabilidade civil. Ao passo que os opositores da existência da responsabilidade civil estatal alicerçam suas teses em teorias como a reserva do possível e as escolhas trágicas.

O único ponto dentro dessa discussão que parece já ser pacífico refere-se ao fato de que caso a responsabilidade estatal efetivamente exista, ela estaria fundamentada nas regras da responsabilidade civil por omissão, falta ou falha do serviço prestado pelo Estado.

# 1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

## 1.1 Antecedentes históricos da responsabilidade do Estado

Ainda quando os homens viviam em pequenos grupos, o dano causado a outrem gerava uma reação imediata chegando a ser brutal a represália aplicada pelo lesado ao ofensor não havendo qualquer tipo de proporcionalidade entre o dano causado e a lesão sofrida. Essas retaliações ocorreram na fase da vingança privada que segundo José Aguiar Dias era uma forma primitiva e selvagem de reação do homem, sendo esta natural para compensar o mal sofrido, está era a solução para a reparação do mal pelo mal.<sup>1</sup>

Passada a fase da vingança privada, chegou-se a criação da lei de talião ou como também era conhecida pena de talião, essa lei consistia na rigorosa reciprocidade do crime e da pena. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima olho por olho, dente por dente. O que a referida lei não previa era a responsabilidade de quem causasse o dano a outrem, uma vez que a culpa era tida como irrelevante para a caracterização da responsabilidade.<sup>2</sup>

A partir daí iniciou-se o período da composição no qual as vítimas começaram a perceber que em nada resultam as agressões a que submetem seus ofensores, pois o dano sofrido não era reparado. Aguiar Dias entende que, o lesado acha mais válido entrar em acordo com o autor da ofensa, onde terá um resultado mais vantajoso na reparação do dano sofrido, do que se agredi-lo, pois assim ele não terá nenhum benefício, sendo a composição sua melhor opção, uma vez que terá seu dano reparado, e pode até vir a conceder o perdão ao ofendido.<sup>3</sup>

Quando a composição voluntária vai se difundindo para a população, o legislador fixa como obrigatório o seu uso, vedando fazer justiça com as próprias mãos.

---

<sup>1</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

<sup>2</sup> GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 5.

<sup>3</sup> DIAS, José de Aguiar. Op.cit., p. 20.

Alvino Lima explica que esse é o período da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor.<sup>4</sup>

No séc. III a.c. surgindo a *Lex Aquilia* (Lei Aquiliana), originou-se a responsabilidade de se reparar o dano, a qual expunha que mesmo existindo “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno era sem dúvida o germe da jurisprudência clássica com relação a injúria”.<sup>5</sup>

O terceiro capítulo da lei aquiliana tratava da *damnum injuria datum* a qual atribui ao proprietário lesado o direito de receber o valor equivalente ao dano que lhe foi causado. Inicialmente só o lesado tinha o direito de receber o valor equivalente à lesão que sofrera, porém com a evolução do instituto o benefício poderia ser aferido tanto pelo possuidor direto, tanto pelo indireto e ainda pelos detentores.

Alvino Lima defende que “estendera-se também aos casos de ferimentos em homens livres, quando a lei se referia às coisas e ao escravo, assim como às coisas imóveis à destruição de um ato instrumentário (testamento, caução), desde que não houvesse outro meio de prova”.<sup>6</sup>

A partir daí surgiu o elemento subjetivo culpa, ou seja, é a responsabilidade dada à pessoa por um ato que provocou prejuízo material ou moral a outrem. A culpa é a violação ou inobservância de uma regra, que produz dano aos direitos de outros, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, em razão da falta de cuidado objetivo. É o erro não-propositual.<sup>7</sup>

O direito francês foi o responsável por estabelecer de forma clara a responsabilidade civil, obrigando a indenizar qualquer tipo de culpa ainda que na modalidade leve, separava a responsabilidade civil da responsabilidade penal e ainda previa o cumprimento da obrigação de fazer, a chamada culpa contratual.

No Brasil colonial, vigia o Código Criminal, que era fundado na Constituição do Império, o qual previa que o dano deveria ser avaliado em todas as suas

---

<sup>4</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

<sup>5</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

<sup>6</sup> LIMA, Alvino. Op.cit., p. 23.

<sup>7</sup> WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Wiki>>. Acesso em: 15 nov. 09.

partes e conseqüências e, se havendo dúvida, que ela seja a favor do ofendido, a restituição da coisa pelo seu equivalente; a busca da coisa em poder de terceiro; os juros; entre outras previsões.

Foi introduzida pela Consolidação de Teixeira de Freitas a obrigação dos absolutamente ou relativamente incapazes de reparar o dano que provocarem, mesmo que não possam ser punidos, e a obrigação do curador do louco a reparar o mal que fizer a alguém, havendo culpa ou negligência.

A Consolidação de Carlos de Carvalho introduziu a obrigação do estalajadeiro de reparar os danos causados por seus empregados aos hóspedes e de que os funcionários públicos respondiam por seus erros, não se responsabilizando a União pelos mesmos, salvo nos casos de lesão de direitos individuais ou subjetivos causados por autoridades administrativas, entre outras regras.

Com o desenvolvimento industrial e tecnológico, houve um aumento de danos, ocasionando o surgimento de novas teorias que buscam a total reparação da vítima, como a teoria do risco, que veio surgindo e ganhando forças. A responsabilidade de danos causados por atos lícitos, e do dano objetivo que, concomitantemente com a teoria da culpa (que sozinha já não é suficiente para a completa reparação da vítima) busca reparar todo tipo de dano causado.<sup>8</sup>

Na teoria do risco começam a surgir a idéias de atividade perigosas. O agente assume o risco de causar danos a terceiros em decorrência de tal atividade, que representa perigo ou risco a outrem.<sup>9</sup>

A responsabilidade, na modernidade, é encarada também de forma objetiva imputando ao causador do dano a obrigação de repará-lo, sendo esse dano de cunho patrimonial, moral ou até mesmo ambos cumulativamente. Hoje se procura harmonizar a responsabilidade subjetiva com a responsabilidade objetiva não excluindo a teoria do risco, pois o objetivo é a reparação total do dano, quaisquer que seja ele.

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6/7.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 7.

## 1.2 Teorias acerca da responsabilidade do Estado

### 1.2.1 Teoria da irresponsabilidade

Vigorou durante muitos séculos, o princípio da irresponsabilidade do Estado, onde o poder absoluto dos monarcas impossibilitava qualquer responsabilização do rei, pois naquele tempo acreditava-se que o rei era ser absoluto, infalível, ele era designado por Deus para governar seu povo.

José dos Santos Carvalho Filho, posiciona-se no sentido de que

esta teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundia com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do Estado de Direito, segundo o qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.<sup>10</sup>

Apesar da vigência da teoria da irresponsabilidade do Estado no período Absolutista, já se presenciavam alguns avanços, pois a responsabilização de agentes da Administração Pública já era aplicada. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, “o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração”.<sup>11</sup>

Sendo assim, o lesado, poderia responsabilizar o funcionário da Administração pelo dano sofrido, porém o Estado nunca era demandado nas ações. Na maioria dos casos a indenização que era devida a vítima não lhe era paga diante da insuficiência econômica do agente causador do dano, ficando a vítima muitas vezes sem ser ressarcida do seu prejuízo.

### 1.2.2 Teorias Civilistas

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, após a teoria da irresponsabilidade surgiu, “uma concepção civilista da responsabilidade estatal, fundada na culpa do funcionário e nos

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 422.

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 236.

princípios da responsabilidade por fato de terceiro (patrão, preponente, mandante, representante)”.<sup>12</sup>

No final do século XIX, começou a surgir o Estado empresário, ou seja, começou o reconhecimento da separação da atividade estatal em atos de império e atos de gestão. Ao se falar em atos de império o não havia a responsabilização Estatal, porém aos atos de gestão, em que, atuasse como particular, o Estado era obrigado a reparar os danos causados no desempenho de suas funções, desde que houvesse culpa do agente. Ensina Yussef Cahali que,

o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.<sup>13</sup>

O indivíduo ainda se encontrava em desvantagem perante o Estado, pois este ficava muitas vezes, sem ter ressarcimento dos danos sofridos, devido à impossibilidade de se distinguir as duas espécies de atos, de império e de gestão, no caso concreto. E ainda que fosse possível distingui-los, era preciso comprovar a culpa do agente causador do ato, o que na maioria dos casos era se mostrava frustrada. A concepção civilista não protegia os direitos dos cidadãos contra os atos abusivos do Estado, uma vez que a vítima tinha muita dificuldade de acionar o Poder Judiciário.

Com evolução do princípio da legalidade gerou o reconhecimento de limitações na atuação Estatal, que ao executar as leis emanadas do poder legislativo, tinha que cumpri-las, da mesma forma que os particulares. Assim, aos poucos, a doutrina passou a entender e defender a tese de que, o Estado é responsável pelos atos ilegais praticados pelos agentes administrativos causadores de danos a terceiros, salvo nos casos em que provasse inexistência de culpa. A jurisprudência construía, desta forma, a teoria da culpa presumida da Administração, que invertia o ônus da prova em benefício da vítima.

---

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 236.

<sup>13</sup> SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

### 1.2.2.1 Culpa Anônima

A responsabilização do Estado por ato do agente se deu com a evolução do entendimento da natureza da relação existente entre eles. Sobre a Teoria do Órgão, Sérgio Cavalieri Filho defende que:

o Estado não é representado por seus agentes, mas age através deles e dos órgãos em que atuam. Como pessoa jurídica que é, o Estado não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica própria. Estas, só os seres físicos as possuem. Não podendo agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, a vontade e a ação do Estado são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade e atuem em seus órgãos. Pela teoria do órgão (ou organicista) o Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções. Tal como o ser humano, é dotado de órgãos de comando (políticos) que manifestam a vontade estatal e órgãos de execução (administrativos) que cumprem as ordens dos primeiros. A vontade e as ações desses órgãos, todavia, não são dos agentes humanos que neles atuam, mas sim do próprio Estado.<sup>14</sup>

Com base nesses princípios, elaborou-se a teoria da responsabilidade do Estado pelo ato culposo de seu agente, pressupondo a atividade do funcionário como atividade da própria pessoa jurídica, a pessoa do Estado. Assim, aos poucos, a teoria da responsabilidade civil do Estado em sua concepção individual foi dando lugar à culpa anônima. A noção civilista da culpa restou ultrapassada, preterindo-se a prova da culpa à constatação do dano.

Como esclarece Sérgio Cavalieri Filho<sup>15</sup>, o agente não precisa ser determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa, satisfazendo-se a responsabilização apenas com a constatação de um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

Na verdade, a falta do serviço implicava o reconhecimento de culpa da Administração. Assim é que José dos Santos Carvalho Filho, ao discorrer sobre o assunto, revela que:

---

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 238.

para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.<sup>16</sup>

### 1.2.2.2 Responsabilidade Objetiva

Na última fase deste contexto evolutivo proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Com base na teoria do risco, a sociedade deveria suportar o prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público, não mais sendo necessário questionar-se da falta de seu agente ou do próprio serviço. A adoção desta teoria, ora a mais em voga, entende que basta que o particular demonstre o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o dano sofrido, e que para a ocorrência do dano não tenha contribuído o particular com atitude culposa, para gerar uma responsabilização estatal.

Corroborando com esse pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello, que faz a seguinte observação sobre a base jurídica da responsabilização objetiva:

o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.<sup>17</sup>

Em segundo lugar, o preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração, também denominado solidariedade social. Se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguns.

A responsabilidade civil objetiva surgiu, portanto, da necessidade da vítima de obter reparação do dano sem provar a culpa do agente. Isso porque a culpa tornou-se insuficiente para solucionar todos os danos uma vez que sua prova nem sempre é possível na sociedade moderna, frente às evoluções tecnológicas e desenvolvimento industrial. Novas situações, então, que não poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa, fizeram nascer esta responsabilidade. Descarta-se, assim, qualquer questionamento em torno da

---

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 448.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 890.

culpa *lato sensu* do funcionário causador do dano, ou sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração.

### 1.2.3 Teorias Publicistas

Tais teorias garantem que a responsabilidade civil do Estado é independente da culpa do agente causador do dano ou da administração, o que afasta a incidência das normas de Direito Civil para que estas dêem lugar aos princípios e preceitos próprios do Direito Público.

As evoluções destas teorias passaram pelas idéias de responsabilidade subjetiva, que era baseada na culpa, para atingir a denominada responsabilidade objetiva, baseada, na mera relação de causa e efeito entre o ato estatal e o evento danoso

#### 1.2.3.1 Teoria do risco administrativo

Explica Marcelo Caetano que a justificativa para a adoção desta teoria está em que:

os riscos acarretados pelas coisas ou atividades perigosas devem ser corridos por quem aproveite os benefícios da existência dessas coisas ou do desenrolar de tais atividades. A administração deve responder pelos riscos resultantes de atividades perigosas ou da existência de coisas perigosas, quando não tenha havido força maior estranha ao funcionamento dos serviços na origem dos danos e não consiga provar que estes foram causados por culpa de quem os sofreu.<sup>18</sup>

Assim é que a teoria do risco administrativo proclama a atribuição ao Estado do dever de indenizar o particular, vítima de dano decorrente do exercício de suas funções, pelo risco criado pelo desenvolvimento da sua atividade administrativa. Democraticamente, se reparte os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.

A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de excluir ou diminuir a responsabilidade estatal. A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é que se o particular sofrer um prejuízo, em

---

<sup>18</sup> CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 544.

razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, de acordo com o princípio da igualdade.

Pode-se concluir que, todo dano que o particular tenha deve ser ressarcido, de acordo com o prejuízo sofrido, independentemente da prova de culpa do agente público responsável, para tanto se deve configurar o nexo causal entre a atividade da Administração e a lesão sofrida pelo particular. Existem ainda as causas excludentes da responsabilização Estatal, sendo estas o fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.

Sobre o dever jurídico de incolumidade dos administrados, preleciona Sérgio Cavalieri Filho que:

o Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.<sup>19</sup>

### 1.2.3.2 Teoria do risco integral

A teoria do risco integral, para Diógenes Gasparini, é aquela que obriga o Estado, desde que esteja envolvido no evento, a indenizar todo e qualquer dano, não se indagando a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permitindo qualquer nova prova visando a elidir essa responsabilidade.<sup>20</sup>

Essa teoria seria uma versão radical da teoria do risco administrativo, pois o Estado seria responsabilizado em todas as circunstâncias, ainda que houvesse a comprovação da culpa da vítima. Bastaria, para tanto, a ocorrência do dano à esfera jurídica do administrado decorrente de atividade Estatal.

Em resumo, tal teoria não admite as excludentes de nexo de causalidade como fonte de isenção de responsabilidade Estatal, o que parece inaceitável, visto que a responsabilidade objetiva presume a ocorrência do dano e a existência do nexo causal;

---

<sup>19</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240.

<sup>20</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 622.

rompido o liame causal entre a ação do Estado e o dano não há que se falar em responsabilidade estatal.<sup>21</sup>

### 1.3 Responsabilidade civil do Estado no direito positivo brasileiro

Da mesma forma que as pessoas físicas e jurídicas são responsáveis pela reparação de um prejuízo causado a outrem, o Estado também é responsável pelos danos que venha causar a alguém. Uma vez que se trata de uma pessoa jurídica de direito público. Entretanto, essa responsabilidade está sobre a égide de alguns princípios próprios, uma vez que os prejuízos causados pelo Estado decorrem do cumprimento de atividades que buscam acolher aos interesses da sociedade<sup>22</sup>.

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello

a idéia de responsabilidade do Estado é uma conseqüência lógica inevitável da noção de Estado de Direito (...) a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.<sup>23</sup>

No que se refere à vinculação do Estado pelos atos dos seus agentes públicos tem-se que o Estado não age e nem tem vontade própria por se tratar de pessoa jurídica e, portanto se manifestará por intermédio de seus agentes, pessoas físicas<sup>24</sup>.

A responsabilidade do Estado só tem ocorrência quando a lesão sofrida pelo indivíduo é decorrente de um ato comissivo (conduta positiva) ou omissivo (conduta negativa, ou seja, não prestação de uma atividade pública devida) do agente público<sup>25</sup>.

A responsabilidade estatal decorrente de um ato lícito sobrevém em função da distribuição do ônus, pois todos os indivíduos da sociedade devem suportar os atos da administração pública de modo igualitário. Já com relação aos atos ilícitos a responsabilidade é decorrente apenas da simples violação de um preceito legal.

---

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 241.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 614.

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 659.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 615.

<sup>25</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 595.

Destaque-se ainda que a responsabilidade civil do Estado não esta regulamentada apenas no âmbito do direito civil, mas também, e principalmente, pelas normas de direitos constitucional, administrativo e de direito internacional público<sup>26</sup>.

A responsabilidade civil estatal está consagrada no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988<sup>27</sup>, onde estabelece que a administração pública é responsável pelos danos que seus agentes, através de atos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, causem a terceiros<sup>28</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que

a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.<sup>29</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello define:

entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.<sup>30</sup>

A Constituição Federal de 1988 estabelece ainda uma paridade entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, ou seja, os agentes de empresas sob concessão, permissão ou delegação

---

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 615.

<sup>27</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>29</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 596.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op.cit.*, p. 654.

explícitas ou implícitas de serviços públicos estão equiparados aos agentes públicos no que se refere a responsabilidade civil pelos atos lesivos causados a terceiros<sup>31</sup>.

Destaque-se, ainda, que a responsabilidade civil do Estado busca a reparação de um dano injusto causado a alguém em virtude de um ato, omissivo ou comissivo, de um agente estatal. Essa responsabilidade está alicerçada na teoria do risco administrativo, ou seja, o lesado está isento do ônus da prova, basta apenas que comprove o dano e a culpa do agente estatal<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 620.

<sup>32</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 595.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE CONDOTA OMISSIVA**

### **2.1 Requisitos para a responsabilização estatal**

O art. 37, § 6º, da Constituição de 1988<sup>33</sup> traz em seu dispositivo que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De acordo com Rui Stoco o art. 37, § 6º, da atual Constituição Federal direciona-se “pela doutrina do Direito Público e mantendo a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.”<sup>34</sup>

Destaque-se, ainda, que quando se tratar de atos comissivos, a responsabilidade estatal é objetiva, pois se trata de uma conduta positiva do agente que levou ao ato lesivo. Já nos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva, onde haverá a presunção de culpa do Estado, e sendo este incumbindo do ônus da prova que tal culpa não ocorreu.<sup>35</sup>

O primeiro requisito previsto na regra constitucional diz respeito à necessidade de que se esteja perante a uma pessoa jurídica de direito público (União, os Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e Autarquias) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos (fundações de direito privado prestadoras de serviços

---

<sup>33</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>34</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 995.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.621-622.

públicos, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos).<sup>36</sup>

O segundo requisito para que se caracterize a responsabilidade civil estatal refere-se a presença de um dano causado a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.<sup>37</sup> A expressão terceiros diz respeito a alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente.<sup>38</sup> O terceiro não pode ser servidor público, ou agente político. É aquele que não tem um vínculo preexistente com a atividade administrativa.

O terceiro requisito faz menção ao dano, ou seja, o dano teve sido provocado, por agente, das pessoas jurídicas alhures mencionadas. E nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho esclarece o sentido que deve ser empregado ao termo agente:

O exame desse dispositivo revela ter sido expurgado do texto constitucional o termo funcionário, que tanto questionamento ensejou no regime anterior. O termo não era apropriado porque “funcionário”, em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. A Constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo agente, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura.<sup>39</sup>

Por fim, o último requisito versa sobre a necessidade de que o dano seja ocasionado por agente público nessa qualidade, ou seja, se o dano produzido foi gerado em virtude da posição jurídica ocupada pelo agente que agiu em consequência da sua relação com o serviço público. Sucintamente podemos dizer que agente é aquele que exerce uma atividade estatal, que pode ser realizada temporariamente, e com ou sem remuneração.

---

<sup>36</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>37</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 596.

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 239.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 236.

Diante do exposto, tem-se que para que ocorra a responsabilização estatal é necessário que o dano gerado tenha sido por ação ou omissão de um agente, pessoa jurídica de direito público ou privado, prestadora de serviço público, e mais, esse dano deve resultar do cumprimento de uma atividade pública. Lembrando ainda que o dano deva ser causado por um agente estatal no cumprimento de suas funções.

## 2.2 Responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva

A responsabilidade civil subjetiva estatal é uma questão ainda bastante controvertida e debatida pela doutrina e jurisprudência. O que ocorre é uma grande dúvida no que diz respeito à norma do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, pois para alguns o dispositivo faria referência apenas as condutas comissivas do Estado e para outros a citada norma também traria a idéia de responsabilidade nos casos de conduta omissiva. Seguindo a linha mais abrangente da interpretação da norma, temos que ocorreria a responsabilidade subjetiva do Estado sempre que a lesão fosse decorrente de uma conduta omissiva.<sup>40</sup>

No caso da reparação do dano em face de responsabilidade civil devido à omissão estatal, de acordo com entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Teoria Subjetiva da responsabilidade do Estado que deve ser aplicada. Para isso baseia-se na idéia de que a palavra causarem do artigo 37 parágrafo 6.º da Constituição Federal somente alcançaria os atos comissivos, e não os omissivos, argumentando que os últimos apenas condicionam o evento danoso,

de fato, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.<sup>41</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho o Estado não pode responder por atos de terceiros, como no caso de um assalto, por exemplo, a não ser que a vítima demonstre a falta do serviço ou a omissão de agentes públicos, como explica:

ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele

---

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 239.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 673.

imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, [...], enfim em todos os direitos sociais. Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). [...] é compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita.<sup>42</sup>

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, também defende que a teoria subjetiva é a que deve ser aplicada aos casos de responsabilidade do Estado por conduta omissiva, pois

entende-se que a responsabilidade não é objetiva porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.<sup>43</sup>

A autora defende que nos casos de lesão causada por omissão estatal, a responsabilidade que incide é a subjetiva, alicerçada pela teoria da culpa do serviço, ou seja, a responsabilidade se baseia no não funcionamento do serviço público (omissão), ou no funcionamento inadequado ou até mesmo na sua realização tardia.

A conclusão a que se chega, analisando o posicionamento doutrinário é a de que a responsabilidade será objetiva quando se tratar de atos comissivos, ou seja, quando ocorre a atuação dos servidores públicos. No caso da conduta do ente estatal ser omissiva a responsabilidade será subjetiva, porque a Administração deixou de fazer algo, não o fez quando era exigível que o fizesse. Nesse caso, é necessária a prova de dolo ou culpa do Estado que dará direito a respectiva indenização, pois apesar do Estado ser omissor em muitos casos ele não pode indenizar toda a sociedade pela falha no serviço prestado.

---

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 540.

<sup>43</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di.. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 531.

### 2.3 Responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva

Sergio Cavalieri Filho entende deve ser feita uma importante distinção entre a omissão genérica e a omissão específica para então caracterizar a responsabilidade do Estado, ele explica que,

se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.<sup>44</sup>

Odete Medauar, também adepta a essa corrente, entende que a responsabilidade do Estado, fundamentada na teoria do risco administrativo, apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos jurídicos, regida pela teoria da responsabilidade objetiva. Entende, ainda, que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado traz o sentido de igualdade de todos ante os ônus e encargos deste e o próprio sentido de justiça. Acrescenta que como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima através da aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado.<sup>45</sup>

Para os que entendem ser objetiva a responsabilidade Estatal, utiliza-se como argumento, que a Constituição Federal, não diferenciou em seu texto as condutas comissivas e omissivas. Argumenta-se que, o vocábulo causarem, do aludido dispositivo, deve ser lido como causarem por ação ou omissão, pois caso contrário o legislador teria recuado no tempo. Nesse caso a responsabilidade objetiva seria estabelecida apenas para os casos de conduta comissiva.<sup>46</sup>

A jurisprudência, no início da discussão sobre a responsabilização Estatal ser objetiva ou subjetiva, reconhecia de fato, a omissão específica do Estado. Existia tal omissão quando a inércia administrativa, era a causa direta e imediata do não-impedimento do

---

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248.

<sup>45</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 430.

<sup>46</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

evento, como por exemplo, nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula.<sup>47</sup>

Mesmo com o entendimento de alguns doutrinadores serem contrários, a evolução da responsabilidade do Estado, tem se mostrado tendenciosa no sentido de ser subjetiva sua responsabilização da administração, explica Lucia Valle Figueiredo que

no tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente.<sup>48</sup>

O Ministro Sepúlveda Pertence, na mesma linha da Ministra Ellen Gracie, é enfático ao afirmar a existência de divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema. Posicionou-se diversas vezes no sentido de inexistência de ofensa ao art. 37, § 6º, da CF/88, fundamentando a indenização no descumprimento de uma obrigação contratual, apresentando, contudo, uma tendência à subjetivação.<sup>49</sup>

Pode-se citar ainda, como exemplo, a seguinte passagem, no julgamento do Recurso Extraordinário 237.536, “parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão”<sup>50</sup>. Essa tem sido a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em julgamento do Recurso Extraordinário 179.147, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes - responsabilidade objetiva - e a responsabilidade civil do Estado no caso de danos pela omissão da Administração - responsabilidade subjetiva. O acórdão fala que a

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

<sup>48</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

<sup>49</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.561/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 nov. 2001. DJ de 05.04.2002.

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.536/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 mar. 2004. DJ de 29.03.2004.

responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja o nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II-Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III- Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.536/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Carlos Veloso. Brasília, DF, 12 dez. 1997. DJ de 27.02.1998.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DO NÃO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO.

#### 3.1 Princípios constitucionais.

##### 3.1.1 Direito à Vida

O direito à vida está previsto na Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental, prevendo o artigo 5º<sup>52</sup> que todas as pessoas são iguais perante a lei independente de raça, cor, credo sendo que é garantido a todos os que se encontram em nosso país a inviolabilidade do direito à vida.

J.J. Gomes Canotilho<sup>53</sup> em sua obra refere-se ao direito à vida como um direito subjetivo, ou seja, é aquele que o indivíduo já nasce com ele, independente de quem ele seja, sendo, desta forma, indiscutível o seu direito de viver. O indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém.

José Afonso da Silva<sup>54</sup> explica que vida, no contexto constitucional de acordo com o art. 5º, *caput*<sup>55</sup>, não de ser considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. A concepção do que é vida é de difícil compreensão visto que é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade.

Tal conceito demonstra de fato a real, dificuldade de se conceituar o que é vida. Porém, isso não impede que o Direito, em seu dever de conduzir os caminhos da

---

<sup>52</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>55</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

coletividade social, possa de alguma maneira, dar uma maior proteção aquilo que se relacione ao o ser humano.

O direito humano a vida deve ser apreendido com algo que é inerente a condição humana, isto é, aquele direito que não vai muito além do direito à alimentação, vestuário, assistência médico odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais, como ensina Alexandre de Moraes.<sup>56</sup>

Conclui-se então que a garantia a vida deve ocorrer respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana. Deste modo, a idéia do que venha a significar a Direito à Vida se torna mais clara e com mais objetividade, garantindo, pois, maior facilidade em conseguir a sua real efetivação no plano prático.

A vida não se identifica pela pura e simples existência biológica, pois o direito à vida é essencial, tem como objeto um bem muito elevado, sendo um direito de excelência maior. É um direito inato, adquirido no nascimento, assim, intransmissível, irrenunciável e indisponível. Com isso, o direito à vida deve ser associado a um direito à conservação da vida, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, mas não pode dela dispor, apenas justificando ação lesiva contra ela em casos de legítima defesa e estado de necessidade.

O direito à vida pode ser considerado como o mais importante dos direitos assegurados pela Constituição. É importante não apenas em si mesmo, mas também para determinar o alcance de uma série de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade, à dignidade, à segurança, ao lazer, à saúde, dentre outros.

### 3.1.2 Direito à saúde

A saúde sempre foi uma constante preocupação do ser humano, mesmo nos primórdios o que ocorria de forma diversas vezes inconsciente, como maneira de preservar a própria sobrevivência. Na modernidade ocorreram numerosos progressos na medicina, trazendo novas descobertas e diversificando as possibilidades de tratamento.

---

<sup>56</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Apesar da evolução das formas de tratamento de doenças ser um avanço que traz muitos benefícios a população, o custo desse progresso não pode ser arcado por todos, principalmente nos países subdesenvolvidos, o que tornou impossível, em muitos desses países, o acesso da população em geral a essas evoluções na área de saúde. O Estado sendo o detentor da preservação do acesso ao serviço de saúde, devido aos avanços tecnológicos, revelou-se incapaz para fazer frente aos seus elevados custos.

A questão relacionada à saúde reflete serviço público com características específicas, pois surge como uma das formas de garantia do direito à vida, caracterizando-se como cláusula pétrea. Essa previsão, expressa pela primeira vez dentro de uma Constituição em nosso País, representa um avanço significativo nas relações sociais, sendo essas cláusulas pétreas disposições que proíbem a alteração, por meio de emenda constitucional, que tem a finalidade de acabar com as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas.<sup>57</sup>

Vislumbrando tais valores, verifica-se a necessidade de se estabelecerem parâmetros da atuação do Poder Público em relação ao serviço de saúde e principalmente a possibilidade de sua responsabilização pelo descumprimento dos seus deveres constitucionais, nesse caso o direito de ter prestação à saúde de forma digna para toda a população. Com esse objetivo, devem ser sempre observados os dispositivos constitucionais que se aplicam ao caso concreto.

Esse aspecto assume relevo na medida em que, sendo a Constituição um documento de natureza política, fruto de um pacto social, a interpretação de suas normas assume um caráter particular, com regras próprias, totalmente diferentes daquelas vislumbradas para a legislação infraconstitucional. Em outras palavras, as características peculiares de um Texto Constitucional impõem a utilização de princípios específicos para a interpretação de suas normas, entre os quais destacamos, pela importância de que se revestem o princípio da unidade da constituição e o princípio da efetividade.

As características que trazem o texto constitucional fazem com que devam ser utilizados determinados princípios para a interpretação de suas normas como o princípio da Unidade da Constituição e o Princípio da Efetividade.

---

<sup>57</sup> WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Wiki>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

Destaca J.J. Gomes Canotilho<sup>58</sup> que o Princípio da Unidade da Constituição impõe ao intérprete a obrigação de analisar as normas constitucionais não de forma isolada, mas, no contexto em que se inserem, de maneira a evitar a existência de contradições entre suas normas e entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Tal princípio obriga o intérprete da lei a considerar a Constituição em todos os seus aspectos e a partir daí tentar fazer com que as normas constitucionais se concretizem de forma harmônica. Conclui-se que o intérprete, deve sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Ensina Luís Roberto Barroso o princípio da unidade tem como objetivo reconhecer as contradições e tensões reais ou imaginárias que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Isto é, deve harmonizar as normas, e ao mesmo tempo tentar obter equilíbrio entre elas, porém jamais deve-se negar completamente a eficácia de alguma delas. Explica Também que na teoria é muito fácil pregar a obtenção do equilíbrio entre as normas, porém na prática tal objetivo não se dá de maneira tão simples.<sup>59</sup>

O princípio da efetividade ou da eficiência de acordo com J.J. Gomes Canotilho atribui a uma norma constitucional, em razão da posição por ela ocupada no ordenamento jurídico, o significado que maior eficácia lhe ofereça. Este é um princípio que é geralmente invocado no caso de se falar em direitos fundamentais, havendo qualquer tipo de dúvida, deve-se optar pela interpretação que vai conceder uma maior eficácia e plenitude aos direitos fundamentais.<sup>60</sup>

No Brasil, o direito à existência digna é refletido, na obrigação atribuída ao Estado e a sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social, destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Em tal contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas através de políticas sociais e econômicas que visam à redução dos riscos de doença,

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 162.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 185.

<sup>60</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op.cit., p. 162.

garantindo-se o acesso universal igualitário a toda a população a hospitais e demais instituições que tem como objetivo às ações e serviços para proteção e recuperação.

Os precedentes jurisprudenciais acerca de tal tema, são muitos, como por exemplo, o RE n. 271.286-8 de relatoria do ministro Celso de Mello<sup>61</sup> o qual ilustra em seu voto que o direito à saúde representa uma consequência constitucional inseparável do direito à vida. Deve o Poder Público, independente da sua esfera de atuação no plano da organização federativa brasileira, garantir a saúde da população, este não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde existente na sociedade sob pena de incidir, em grave comportamento inconstitucional, ainda que agindo de maneira omissa.

Deve-se enfatizar, ainda, que a garantia ao direito à vida de forma digna apresenta uma amplitude enorme, uma vez que inclui não só o acesso a tratamentos necessários para a sua preservação, mas também o oferecimento das drogas que se revelarem imprescindíveis para a sua manutenção. Visto isso nossos Tribunais em regra têm entendido dessa forma.

A Constituição Federal de 1988 preconizou a instituição de um Sistema Único de Saúde financiado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esse aspecto assume enorme relevo, uma vez que tem servido para afastar as tentativas do Poder Público de se furtar a assumir essa responsabilidade sob a alegação de ilegitimidade de parte.

Nossos Tribunais têm entendido que, por se tratar de um sistema único, financiado pelas quatro pessoas integrantes de nossa Federação, sendo estas a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, seriam todas elas responsáveis por essas obrigações, por se tratar, também, de competência comum, como previsto no artigo 23 da Constituição Federal.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. AgRg no RE nº 271.286-8/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 02 ago. 2000. DJ de 24.11.2000.

<sup>62</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;".

A Lei n. 8.080/90<sup>63</sup> demonstra muito bem esses aspectos, pois define o direito à saúde quanto ao fornecimento de medicamento e elucida que é dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Define também que é dever da União o fornecimento gratuito de medicamentos, não só por força de mandamento constitucional, mas também por força na presente lei, àqueles que não têm condições de arcar com as despesas do tratamento.

Na doutrina verifica-se o entendimento de Sérgio Pinto Martins<sup>64</sup>, o qual ensina que à saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que por sua vez tem o dever constitucional de prestá-la a população. Sendo este direito caracterizado como um direito fundamental do ser humano.

Ao se falar em dano moral e a responsabilização Estatal a jurisprudência já é pacificada no sentido de que se inexistir a comprovação de prejuízos patrimoniais, é inadmissível o reconhecimento do dever de reparação a título de dano material ao paciente que recebe resultado positivo para HIV, ainda que inverídico.<sup>65</sup>

Depreende-se assim que a vida, não tem preço, mesmo para uma sociedade que muitas vezes perdeu o sentido da solidariedade. O reconhecimento do direito à sua manutenção, contudo, não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando. Nesse particular, cumpre observar que, em razão da importância conferida a esse direito, não se pode cogitar da possibilidade de o Estado deixar de prestá-lo na forma preconizada pela Constituição, ainda mais por força de aspectos financeiros.

Merece destaque o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello<sup>66</sup> em relação à necessidade de o Estado assumir seus deveres constitucionais, suas funções próprias, quanto à prestação do serviço de saúde, não podendo utilizar, como impeditivo, problemas de ordem orçamentária, visto que o direito à saúde representa um dos direitos

<sup>63</sup> DISTRITO FEDERAL. LEI N.º 8.080, de 19.09.90. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2009.

<sup>64</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 428.

<sup>65</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Público. AC n. 049.742-5/2-00/Guarulhos. Ementa: [...]. Relator: Paulo Travain. São Paulo, SP, 29 dez. 2009. DJ de 11.01.2000.

<sup>66</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE n. 195.192-3/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 22 fev. 2000. DJ de 31.03.2000.

básicos da pessoa humana. Não basta, que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito. É essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e garantido, principalmente nos casos em que o direito à saúde é qualificado como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Todos têm direito à vida e, assim, à saúde, constituindo obrigação inarredável do Estado assegurá-lo, independentemente de qualquer vinculação do necessitado a sistema de seguridade social, na forma do disposto nos arts. 5.º, *caput*, 6.º, 196 e 203 da Constituição Federal e da Lei Estadual n. 9.908/93, porquanto a vida e a saúde constituem a fonte fundamental e primeira de todos os outros bens jurídicos. Segurança concedida.<sup>67</sup>

Conclui-se que, por força da doutrina e da jurisprudência elencados acima, a questão relacionada à saúde merece tratamento diferenciado, ainda mais quando está em jogo o direito à vida, que, infelizmente, como a morte, segue seu curso e não espera a lenta tramitação da Justiça, o Estado deve dar mais valor ao bem mais valioso que cada um de nós possui.

### 3.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é fonte basilar do direito brasileiro e parte importante do nosso sistema de direito constitucional. Encontra-se no rol dos princípios fundamentais da nossa Constituição Federal, positivado em seu artigo 1º, inciso III.<sup>68</sup>

Constitui a essência básica do direito brasileiro contemporâneo e vem ganhando destaque cada vez maior tanto nos conflitos jurídicos do nosso direito interno, quanto no direito internacional<sup>69</sup>. Destaque-se ainda que a dignidade é algo intrínseco ao ser

---

<sup>67</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 1.º Grupo de Câms. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em 16 nov. 2009.

<sup>68</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>69</sup> SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

humano, o indivíduo já nasce portador de sua dignidade, é algo conatural a pessoa. Não há como valorar a dignidade humana<sup>70</sup>.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana visa impedir qualquer forma de discriminação e visa garantir ao indivíduo o direito a uma vida digna e justa, ele coloca o indivíduo no topo de toda a ordem jurídica e o transforma em um importante pilar da ordem jurídica.

Segundo Alexandre de Moraes a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, a qual se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. A dignidade traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>71</sup>

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protético, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere*

---

<sup>70</sup> SANTANA, Héctor Valverde **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

<sup>71</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

*vivere* (viver honestamente), *alteram non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).<sup>72</sup>

Compreendendo tal conceito verificamos com clareza quais conseqüências jurídicas esse princípio pode gerar para o Estado, para a sociedade e para o indivíduo de forma singular. Em relação ao Estado e a Sociedade impede que os interesses deste e da Sociedade devam prevalecer sobre as liberdades individuais exigindo que o indivíduo receba um tratamento isonômico do Poder Público, da sociedade e dos seus semelhantes. E, em se tratando do indivíduo, este deve respeitar a dignidade dos outros seres humanos.

### **3.2 A conduta omissiva ante a Responsabilidade Civil do Estado e os medicamentos de alto custo**

O Estado pode causar danos à população tanto pela sua ação quanto pela sua omissão como visto anteriormente. Ao avaliar os atos omissivos do Estado, nos deparamos com duas situações: a conduta omissiva realmente constitui fato gerador da responsabilidade civil do Estado ou a omissão não enseja em responsabilidade visto que nem toda conduta omissiva retrata uma desídia do Estado em cumprir um dever legal.

Para averiguar se há responsabilidade do Estado por conduta omissiva, ocorre à necessidade de se indagar qual dos fatos foi decisivo para configuração do evento danoso. Assim, o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, mas sim por não ter ele praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato for notório ou perfeitamente previsível.

Observa-se que o dever do agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência de omissão, originou um dano ao administrado, gera para a Administração Pública a obrigação de responder civilmente quando, diante do dever legal de impedir a ocorrência de novo dano ao indivíduo e até mesmo evitar que danos da mesma natureza ocorram com os demais administrados. Ou seja, é possível afirmar que a responsabilidade estatal por ato omissivo decorre de ato ilícito.

---

<sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, seria aplicada à responsabilidade do Estado por conduta omissiva a Teoria Subjetiva. Para isso, argumenta o autor que a palavra causarem do artigo 37 parágrafo 6.º da Constituição Federal somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, afirmando que estes últimos somente condicionam o evento danoso.<sup>73</sup>

O Estado, como Administração Pública, deve garantir os meios e maneiras adequados ao bom funcionamento, da saúde pública. Essa situação se agrava quando da carência de medicamentos nos ambulatórios do Sistema Único de Saúde – SUS, principalmente quando falamos em fornecimento de medicamentos específicos de alto custo uma vez que muitas vezes as pessoas dependem desse medicamento para sobreviver e não possui condições financeiras para arcar com o alto custo do medicamento de que dependem.<sup>74</sup>

### 3.3 O tratamento de alto custo

#### 3.3.1 O fornecimento de tratamentos de alto custo pelo Estado

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a norma máxima estabelecida em nosso país, todo ser humano tem direito aos meios necessários à preservação de sua saúde, sendo esse direito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental que não pode ser tratado de forma omissa. É um direito que não deve ser negado a nenhum indivíduo.

O artigo 196 da Constituição Federal<sup>75</sup> dispõe que o atendimento à saúde pelo Estado deve ser feito através de políticas públicas, porém o artigo 198, II<sup>76</sup> da carta magna estabelece como diretriz do Sistema Único de Saúde o prestação integral no atendimento a saúde da população. Visto isso, entende-se que o atendimento à saúde pelo Estado deve ser estabelecido através de suas políticas públicas abrangendo principalmente a proteção integral à saúde de cada pessoa individualmente. Veja, a Constituição fala primeiro

---

<sup>73</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. "Artigo 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>74</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

<sup>75</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. "Artigo 196 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.

<sup>76</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. "Artigo 198, II atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais

na obrigação do Estado em atender as necessidades dos indivíduos de forma coletiva e posteriormente dispõe a sua prestação, através do SUS de forma integral, ambos devem ser considerados da mesma forma não devendo haver qualquer forma de prevalência de um em vista do outro, e sendo inevitável deve haver a sua ponderação de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O SUS, de acordo com o artigo 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90<sup>77</sup> é o executor das políticas públicas ligadas prestação de assistência a saúde inclusive as de cunho farmacêutico, como na prestação de medicamentos. Sendo o Sistema Único de Saúde o responsável pela execução, deve haver quem delimita que parcela da população devem ser prestado os medicamentos. Nesse caso caberia tanto ao legislador quanto ao administrador selecionar, no campo da saúde, as contingências geradoras de necessidade de medicamentos, tendo em vista, sempre, o seu maior potencial distributivo. No âmbito do Poder Judiciário, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal, pois ele é o responsável por garantir que sejam cumpridas as diretrizes contidas na CF, dirimindo assim, os conflitos que envolvem o direito ao fornecimento de medicamentos, que em sua maioria, tem sido julgados, reiteradamente em favor dos que necessitam de tratamento, sob o fundamento de estar inserido no direito à saúde e à garantia da vida digna, que é dever do Estado.<sup>78</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, explica que embora tenha de se reconhecer a existência de limites fáticos, reserva do possível, e jurídicos, reserva parlamentar em matéria orçamentária, tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações. Pelo menos não em toda e qualquer hipótese e, que, portanto, o fator custo dos direitos implica certa relativização de eficácia dos direitos sociais.<sup>79</sup>

O direito a vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana devem prevalecer e servem como norteador do Estado para aplicação de recursos em determinada área que necessite mais de sua prestação, como por exemplo, a necessidade de

---

<sup>77</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. "Artigo 6, I, d: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): a execução de ações: de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

<sup>78</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: DeI Rey, 2007, p. 1.170.

<sup>79</sup> SCARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Filchtiner Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in\\_go\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/in_go_mariana.html)>. Acesso em: 6 abr. 2010.

medicamentos de alto custo por determinada parcela da população. Essa necessidade e o direito a vida a que todos detêm que são o norte do Estado para prestar atendimento. O maior problema é que estamos nos deparando com a ausência de prestação por parte da administração pela escassez de recursos, sendo que muitas vezes isso se dá pois, esse recursos de que se fala são desviados para outros fins que não os previamente estabelecidos.

Depara-se então com um fator de suma importância para a resolução do enorme problema que tem gerado essa ausência de medicamentos sendo o Estado nesse caso considerado omissor. Pois não se poderia supor, à primeira vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, se tratando aqui da reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde do cidadão e o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.<sup>80</sup>

A conclusão que se impõe é a de que, em princípio, cabe ao Poder Público garantir o direito à saúde dos indivíduos através de políticas públicas. E, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, fazê-lo através de programas específicos de assistência farmacêutica.

As políticas públicas devem ser definidas a partir de critérios técnicos: a eficiência técnica e a essencialidade dos tratamentos. Não pode o Poder Público investir vultosas somas em tratamentos cuja eficácia não seja comprovada. Ou conceder a tratamentos para infertilidade a mesma ênfase que concede a tratamentos essenciais para a manutenção da vida.

Os critérios econômicos também precisam ser levados em conta. Um dos objetivos que devem inspirar qualquer política pública é a redução das desigualdades sociais. Portanto, é preciso analisar, de um lado, o custo dos tratamentos e, do outro, a capacidade econômica daquele que pleiteia do Estado um tratamento de alto custo, pois muitas vezes o administrado que está demandando a prestação do estatal é aquele que menos necessita, o que

---

<sup>80</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

pode acarretar prejuízo a alguém que de fato não tenha condições de arcar com um tratamento de alto custo.<sup>81</sup>

E nunca é demais lembrar que, infelizmente, no Brasil, o Estado historicamente funciona mais como um concentrador do que como distribuidor de renda. Retira recursos da população em geral e a direciona para um número reduzido de pessoas, que, por determinados interesses, recebem as benesses do Poder Público.

### 3.3.2 A atuação judicial frente à negativa de disponibilização de tratamentos de alto custo

São duas as circunstâncias relevantes a se considerar diante do fornecimento de medicamentos de alto custo, como a possibilidade ou não de revisão judicial das decisões legislativas e administrativas frente ao princípio da separação dos poderes e os reflexos das determinações judiciais sobre as políticas públicas.

O fornecimento de qualquer prestação estatal implica numa decisão acerca da destinação de recursos públicos. Decisão esta que passa pela ponderação de valores de várias ordens: jurídicos, econômicos, culturais, morais.

É necessário, portanto, que sejam feitas escolhas no tocante ao atendimento dos direitos, levando-se em conta os recursos existentes. E trata-se de escolhas trágicas, porque, em razão da escassez de recursos para satisfação de todos os direitos públicos, haverão de ser feitas escolhas de uns em detrimento de outros.<sup>82</sup>

Fica claro que a destinação de recursos públicos se refere às funções, Estatal legislativa e executiva. Falamos em legislativa, pois é responsabilidade do poder legislativo a elaboração do orçamento e do poder executivo, a função de executar o que foi determinado legislativo na execução do orçamento. Logo, a competência para a decisão primeiramente é do legislador. E, num segundo momento, do agente administrativo. Como envolve a ponderação de valores e circunstâncias fáticas, se traduz num juízo de conveniência e

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

<sup>82</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. **Revista Procuradoria Geral do Estado**, n. 63. p. 121-138. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br.>>. Acesso em: 5 abr. 2010.

oportunidade. Um ato discricionário, portanto. Tanto para o Poder Legislativo quando para o Poder Executivo.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que cabe ao agente público definir qual a conduta mais adequada ao interesse público deve prevalecer. E dentro desse espaço de liberdade há sem dúvida uma zona cinzenta, em que não é possível, a partir de critérios objetivos, estabelecer se uma conduta é ou não a mais adequada ao interesse público. As condutas localizadas nessa zona cinzenta não podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Do contrário, estar-se-á substituindo o arbítrio do agente administrativo pelo do juiz. Mas há também as que se colocam fora dessa zona cinzenta. Que se mostram claramente inadequadas à satisfação do interesse público. Essas condutas podem e devem ser revistas e anuladas pelo poder judiciário.<sup>83</sup>

Portanto, pode o juiz rever a decisão do Poder Executivo que nega a disponibilização de tratamento de alto custo. Mas apenas quando ficar demonstrado que essa negativa não se funda em razões fáticas e jurídicas aceitáveis. Ou seja: é a exceção. Não a regra. Afinal, a própria idéia de democracia se fundamenta na divisão de atribuições. E, embora excepcionar essa divisão seja por vezes necessário, exige sobriedade e delicadeza compatíveis com a manipulação de um valor tão importante.<sup>84</sup>

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental, ou infraconstitucional, estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 398.

<sup>84</sup> WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Democracia>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

<sup>85</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

Toda e qualquer decisão acerca do fornecimento ou não de tratamentos de alto custo precisa necessariamente considerar as suas conseqüências sobre o próprio serviço público de saúde. Pois um fato é incontroverso: os recursos não são elásticos. Para destinar um volume considerável de recursos para o atendimento de um caso particular, o poder público terá de retirar recursos que seriam destinados a outras finalidades. Seja das campanhas de vacinação. Seja da manutenção de hospitais.

Assim, ao determinar que o Estado arque com um tratamento de alto custo, o juiz deve considerar que serão destinados ao autor da ação recursos que iriam atender um grande número de outros pacientes. E que o atendimento daquele indivíduo implicará no não atendimento dessas pessoas.

O desfalque de outros usuários do sistema, os princípios da separação dos poderes ou mesmo os da reserva do possível e da legalidade orçamentária não são impedimentos absolutos à disponibilização, pelo Estado, de tratamentos de alto custo<sup>86</sup>. Mas são circunstâncias que devem ser obrigatoriamente ser ponderadas no caso concreto.

Podemos vislumbrar diante da vivencia junto ao meio jurídico que nem sempre é possível que se estabeleça a solução para determinado conflito no momento em que se depara com a situação, principalmente quando se trata de uma questão tão relevante como a saúde do ser humano. Expõe Luis Roberto Barroso que, “não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”<sup>87</sup>. Toda e qualquer tentativa de se estabelecer soluções sem demandar análise minuciosa do tema ora discutido é perigosa e pode conduzir a grandes desastres não só para o individuo no caso em questão, mas também para todos os cidadãos. É preciso reconhecer que nosso sistema constitucional não aponta soluções definidas a cerca desses casos. O que ele contém são valores positivados e que devem ser ponderados diante do caso concreto. Nesse sentido, é clara a advertência da Ministra Ellen Gracie em alguns de seus julgados.

Nas suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 a Ministra Ellen Gracie mostrou preocupação com “a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões

---

<sup>86</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Direitos fundamentais sócias:** reserva do possível e controle jurisdicional. Disponível em: <<http://www.pgers.gv.br>>. Acesso em 30 mar. 2010.

<sup>87</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2010.

desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados”. Isso porque, segundo a própria Ministra, os pedidos devem ser analisados “caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”.<sup>88</sup>

As decisões do Supremo Tribunal Federal, já permitem conjecturar quais as circunstâncias a serem ponderadas diante do caso concreto. A regra geral que se pode extrair da jurisprudência do tribunal é a de que, em situações ordinárias, o cidadão não tem direito subjetivo individual constitucional ao fornecimento de medicamentos pelo Estado e que o direito constitucional à saúde não se efetiva de forma individual, mas através de políticas públicas. E que, por consequência, só haveria direito subjetivo individual ao fornecimento de medicamentos quando assim fosse estabelecido por essas mesmas políticas públicas<sup>89</sup>. Ou seja, pelas normas infraconstitucionais.

Tal regra é tida como a feral aplicada pelo tribunal, mas apesar de sua existência o STF contempla circunstâncias que afastariam a aplicação dessa regra geral. Situações que configurariam um verdadeiro estado de necessidade, funcionando de forma análoga às causas de exclusão da ilicitude.<sup>90</sup>

Os julgados da corte vêm considerando em primeiro lugar a gravidade da doença, depois a condição econômica do interessado e o custo do tratamento e por fim a comprovação da eficácia do tratamento pretendido. E vêm entendendo que, não obstante os reflexos sobre o erário, o tratamento deve ser fornecido quando não puder ser arcado pelo próprio interessado; for comprovadamente eficiente; e efetivamente necessário para salvar a vida do paciente.<sup>91</sup>

Ao vislumbrar os casos concretos depara-se com as mais diversas decisões, como por exemplo, a determinação do STF para que haja o fornecimento de medicamento de alto custo para o tratamento de paciente que sofria de câncer, sendo comprovada sua

---

<sup>88</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Direitos fundamentais sócias**: reserva do possível e controle jurisdicional. Disponível em <<http://www.pgers.gv.br>>. Acesso em: 30 mar. 2010.

<sup>89</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 91. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. DJ de 05.03.2007.

<sup>90</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3073. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 fev. 2007. DJ de 14.02.2007.

<sup>91</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3193. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2008. DJ de 18.03.2008; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 138. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 nov. 2007. DJ de 08.11.2007.

hipossuficiência econômica<sup>92</sup>, enquanto negou o tratamento de infertilidade feminina<sup>93</sup>. Ou seja, entendeu que o alto custo do tratamento não é impeditivo quando está em jogo a própria vida do paciente. Mas que o é quando está em jogo, por exemplo, uma questão de infertilidade feminina.

Em julgamento monocrático do Agravo de Instrumento (AI) 588.169<sup>94</sup>, a Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, determinou o fornecimento de fraldas descartáveis a uma pessoa que sofria de hidrocefalia com descontrole de esfíncter. Há quem entenda que essa decisão se afastaria da orientação acima exposta, pois não estaria em jogo a vida do paciente<sup>95</sup>. Porém não parece ser esse o caso, visto que a decisão é totalmente coerente com a ponderação entre a gravidade da doença e o custo do tratamento. Afinal, fraldas descartáveis não podem sim ser consideradas como de alto custo.

---

<sup>92</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3193. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2008. DJ de 18.03.2008.

<sup>93</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3274. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 15 ago. 2007. DJ de 22.08.2007.

<sup>94</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 588.169. Ementa: [...]. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 abr. 2007. DJ de 17.05.2007.

<sup>95</sup> CASTELO BRANCO, Luciana Temer. **Abrangência do direito à saúde: fornecimento de medicamentos especiais é dever do estado?** Disponível em: <<http://www.cepam.sp.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2010.

## CONCLUSÃO

De acordo com os institutos da responsabilidade civil temos sempre que, quando alguém sofre uma lesão terá a possibilidade de ajuizar uma ação de indenização pelo dano sofrido. Essa previsão tem seu pilar na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais.

A responsabilidade civil é um instituto que passou por uma longa evolução ao longo dos tempos e durante essa evolução adquiriu bases sólidas e se firmou dentro do ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro. Agora o agente que causa dano a outrem, responde por seus atos, não ficando mais impune pelo dano causado a outrem.

No instituto da responsabilidade civil do Estado também temos uma forte e marcante evolução, que teve início com as teorias de absoluta irresponsabilidade estatal, passando pelas teorias civilistas que dividiam os atos de gestão e atos de império do Estado até chegar ao presente momento com as teorias publicistas. Essas teorias são: a teoria da falta do serviço e a teoria do risco, esta última dividindo-se em teoria do risco administrativo e do risco integral.

No direito positivo interno a responsabilidade estatal está positivada no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988. A norma constitucional se divide entre a teoria do risco administrativo e a teoria da culpa anônima ou da falta do serviço. A primeira teoria se aplica aos casos de condutas lesivas comissivas do agente estatal e a segunda teoria se aplica aos casos em que o ato danoso é decorrente de uma conduta omissiva. Nesse sentido concluímos que a Constituição Federal de 1988 defende a responsabilidade objetiva para os casos de condutas positivas (comissivas) e a teoria da responsabilidade subjetiva para os casos de condutas negativas (omissivas).

No tocante ao direito à saúde e as políticas públicas tem-se que ressaltar a teoria da reserva do possível e as escolhas trágicas feitas pelo Estado. Nesta última tem-se que, para se concretizar os direitos de algumas pessoas, o Estado acaba por lesionar o direito de outra, afinal, a realidade é que o Estado não dispõe de todos os recursos necessários para

suprimir todas as necessidades da população. Na teoria da reserva do possível o que se defende é a idéia de que as necessidades da sociedade e seus direitos fundamentais devem ser atendidos na medida do possível, ou seja, seguindo o binômio necessidade x possibilidade.

É imperioso lembrar que a saúde é um direito constitucional do cidadão e que deve ser financiada pelos recursos orçamentários da seguridade social, além de dever ser assegurada por políticas sociais e econômicas.

O Poder Judiciário entra em cena quando os administrados não seguem os modelos de condutas estabelecidos no ordenamento jurídico ou ainda quando o Estado não age de acordo com as normas positivadas pelo direito. E nesse sentido tem-se que o Poder Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – como o direito a saúde – estiver sendo desrespeitado.

Por fim, como contribuição acadêmica, sugere-se, portanto, que o Estado responde civilmente pela obrigação de garantir a saúde do cidadão hipossuficiente, quando se trate de restabelecer e preservar a saúde do mesmo, mediante o fornecimento de medicamento de alto custo, seja ou não de uso contínuo e permanente. Trata-se de responsabilidade que exsurge da omissão, falta ou falha do serviço estatal. Essa responsabilidade decorre não só dos preceitos fundamentais alhures estudados, concretamente estampados na Constituição Federal de 1988, como também da firme posição jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal, que vem se firmando no sentido da tese exposta neste trabalho.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarrosoassociados.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do estado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASTELO BRANCO, Luciana Temer. **Abrangência do direito à saúde: fornecimento de medicamentos especiais é dever do estado?** Disponível em: <<http://www.cepam.sp.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2010.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. **Revista Procuradoria Geral do Estado**, n. 63. p. 121-138. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br>>. Acesso em: 5 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais sócias:** reserva do possível e controle jurisdicional. Disponível em: <<http://www.pgers.gv.br>>. Acesso em 30 mar. 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. LEI N.º 8.080, de 19.09.90. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SAID CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do estado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Filchiner Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 6 abr. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. AgRg no RE nº 271.286-8/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 02 ago. 2000. DJ de 24.11.2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE n. 195.192-3/RS. Ementa: [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 22 fev. 2000. DJ de 31.03.2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 588.169. Ementa: [...]. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 abr. 2007. DJ de 17.05.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.536/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 mar. 2004. DJ de 29.03.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.536/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Carlos Veloso. Brasília, DF, 12 dez. 1997. DJ de 27.02.1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 237.561/TJSP. Ementa: [...]. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 nov. 2001. DJ de 05.04.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3073. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 fev. 2007. DJ de 14.02.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3193. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 10 mar. 2008. DJ de 18.03.2008;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 138. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 8 nov. 2007. DJ de 08.11.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3274. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 15 ago. 2007. DJ de 22.08.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 91. Ementa: [...]. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 fev. 2007. DJ de 05.03.2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 8ª Câmara de Direito Público. AC n. 049.742-5/2-00/Guarulhos. Ementa: [...]. Relator: Paulo Travain. São Paulo, SP, 29 dez. 2009. DJ de 11.01.2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 1.º Grupo de Câms. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em 16 nov. 2009.

WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Democracia>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Wiki>>. Acesso em: 15 nov. 2009.