

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

TALITA FERNANDES BUENO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS À SAÚDE**



**RUBIATABA/GOIÁS
2010**

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO



TALITA FERNANDES BUENO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS À SAÚDE

Monografia apresentada a FACER- Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob Orientação da Professora Ms. Erival de Araújo Lisboa Cesarino. Mestre em Direito das Relações Econômicas Empresariais.

5-32797

Tombo n°	17658
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	ad
Data:	28.01.11

RUBIATABA/GOIÁS
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

TALITA FERNANDES BUENO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS
SERVIÇOS PÚBLICOS À SAÚDE

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientadora: _____



Ms. Erival de Araújo Lisboa Cesarino.

Mestre em Direito das Relações Econômicas Empresariais

1º Examinador: _____

Ms. Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito das Relações Internacionais e Desenvolvimento

2º Examinador: _____

Ms. Geruza Silva de Oliveira

Mestre em Sociologia

Rubiataba, 2010.

Agradecimentos

À *Deus*, pelo dom da vida, perseverança e sabedoria. Por ter me concedido força nos momentos de fraqueza e desânimo, por ter compreendido meus anseios e me dado a coragem para atingir mais um dos meus objetivos.

Aos meus avós *Adolfo Fernandes Reis e Izabel Maria Fernandes*, a quem tudo devo, pelo amor, renúncia e sacrifício, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade.

À Amiga-Irmã *Márcia Maria Alves e Souza*, por ter dividido comigo momentos de medo, incertezas, alegrias e angústias. Por ter me dado o que há de mais bonito em uma amizade: a sinceridade. Uma pessoa Especial cuja coragem, determinação, dedicação e honestidade, construíram o exemplo que procuro seguir todos os dias de minha vida.

Aos meus *Tios, Tias, Primos (as) e ao meu Pai*, pelo carinho e apoio, sempre presentes ao longo das minhas jornadas.

À Amiga e Professora Ms. *Erival de Araújo Lisboa Cesarino*, com quem aprendi que não se deve desistir da conquista de nossos ideais. Exemplo de vida, fé, trabalho e dedicação. Agradeço, pelos preciosos ensinamentos recebidos ao longo do curso, pela dedicação e apoio, bem como por orientar-me na realização do presente trabalho.

À uma pessoa muito Especial, que foi mais que professor, orientador, Amigo...

Teófilo Amorim Chagas de Oliveira.

A você, que foi meu anjo da guarda, meu porto seguro, e que hoje faz parte do que sou e do que conquistei, o meu carinho, reconhecimento, admiração e os mais sinceros agradecimentos pela atenção, companheirismo, dedicação, compreensão, apoio incansável e motivação.

Aos demais Amigos, pela amizade, carinho, respeito ou ainda pelo simples convívio ao longo destes anos, por terem compreendido os momentos e motivos de minha ausência.

Deus abençoe a Todos. Obrigada!

RESUMO: A presente pesquisa aborda tema de extrema importância dentro do Direito Administrativo, qual seja, a Responsabilidade Civil do Estado, em especial sua natureza jurídica – subjetiva ou objetiva. Para tanto, examinar-se-á a evolução histórica, os aspectos da responsabilidade civil e da responsabilidade extracontratual do Estado, suas excludentes, fundamentos e quem são seus agentes. Finalmente serão expostos, os casos em que o Estado poderá pleitear a ação de regresso em face de seus prepostos. Intentar-se-á demonstrar que o Estado que é o guardião dos direitos e deveres dos cidadãos deve ser responsabilizado objetivamente pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem aos seus administrados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Estado, Agentes Públicos, Saúde, Administrados, Políticas Públicas, Ação de Regresso.

RÉSUMEN: La presente pesquisa aborda tema de extrema importancia en el Derecho Administrativo, cual sea, la Responsabilidad Civil del Estado, en especial su naturaleza jurídica – subjetiva u objetiva. Para tal, será examinada la evolución histórica, los aspectos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad extracontratual del Estado, sus excludentes, fundamentos y quien son sus agentes. Finalmente serán expuestos los casos en que el Estado podrá pleitear la acción de regreso ante sus representantes. El intento será demostrar que el Estado que es el guardián de los derechos y deberes de los ciudadanos debe ser responsabilizado objetivamente por los daños que sus agentes en esta cualidad causaren a sus administrados.

Palabras clave: Responsabilidad Civil, Estado, Agentes Públicos, Salud, Administrados, Políticas Públicas, Acción de Regreso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.1 Conceito.....	15
1.2 Evolução Histórica.....	16
1.3 Espécies de Responsabilidade.....	18
1.4 Responsabilidade Contratual.....	18
1.4.1 Responsabilidade Extracontratual.....	19
1.4.2 Responsabilidade Subjetiva.....	19
1.4.3 Responsabilidade Objetiva.....	20
1.4.4 Responsabilidade Direta.....	21
1.4.5 Responsabilidade Indireta.....	22
2. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	24
2.1 Da Irresponsabilidade do Estado.....	24
2.2 Da Culpa Civil.....	24
2.2.1 Da Responsabilidade Objetiva.....	24
2.2.2 Do risco Integral.....	25
2.2.3 Do Risco Administrativo.....	26
2.2.4 Da Responsabilidade Civil do Estado.....	26
3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	31
3.1 Ação ou Omissão.....	31
3.2 Culpa ou Dolo do Agente.....	32
3.3 Dano Percebido pela Vítima.....	33
3.4 Nexo Causal.....	33
3.5 Causas Excludentes da Responsabilidade.....	34
3.6 Caso Fortuito ou Força Maior.....	35
3.6.1 Culpa Exclusiva da Vítima.....	35
3.6.2 Culpa Concorrente da Vítima e do Agente.....	36
3.6.3 Culpa Comum.....	36
3.6.4 Culpa de Terceiro.....	36
4. SAÚDE PÚBLICA CONFORME A ORDEM CONSTITUCIONAL X AÇÃO DE REGRESSO.....	38

4.1. Evolução do Direito à Saúde nas Constituições Brasileiras.....	38
4.2. Do Regime Constitucional de Competência.....	45
4.3. Políticas Públicas na Área da Saúde.....	46
4.4. Políticas Públicas.....	47
4.5. Importância dos Conselhos de Políticas Públicas.....	48
4.6. Do Sistema Único de Saúde.....	49
4.7. Pessoas Públicas Responsáveis.....	51
4.7.1. Agentes Políticos.....	52
4.7.2. Servidores Públicos.....	52
4.7.3. Militares.....	53
4.7.4. Particulares em Colaboração com o Poder Público.....	54
4.8. Ação de Regresso.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

LISTA DE SIGLAS

AIS – Associações Integradas de Saúde

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

OMS – Organização Mundial da Saúde

PIASS – Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento

SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

p.: Página

Art.: Artigo

§ : Parágrafo

nº: Número

inc.: Inciso

EC: Emenda Constitucional

CF/88: Constituição Federal de 1988

CC/02: Código Civil de 2002

CPC: Código de Processo Civil

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

INTRODUÇÃO

A Saúde Pública tem ensejado muitos comentários e estudos ao longo do tempo, seja porque representa uma necessidade precípua na vida da população ou pelos processos técnicos evolutivos dela decorrente, em todas as áreas de atuação.

É extrema de dúvidas que esse desenvolvimento traz reflexos no campo do direito, notadamente se considerarmos o preceito constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A elaboração da presente pesquisa, justifica-se pelo crescente índice de demandas por danos morais e materiais causados pelo Estado, através de seus agentes, seja por ação ou omissão. Oportuno, registrar, que na composição jurídica dessa relação, temos o Estado que ocupa a posição de supremacia, o agente público, que no exercício da sua função, figura como peça principal, em razão de ser o causador direto do dano, e o cidadão, ou seja, o lesado, que, inquestionavelmente, é sempre o maior prejudicado.

Como observaremos, aquele que tem o dever de garantir e zelar pelo bem estar, pela saúde e dignidade da pessoa humana, tem se mostrado cada vez mais incompetente ou impotente para o desenvolvimento desse mister.

O objetivo geral do trabalho é compreender qual é a natureza jurídica da responsabilidade civil, ou seja, como o Estado será responsabilizado pelos atos de seus agentes. Os objetivos específicos estarão voltados a análise dos aspectos gerais da responsabilidade civil, com enfoque na parte que toca ao Poder Estatal, quais são os pressupostos para aplicação dessa responsabilidade, as causas excludentes e ainda a possível ação de regresso.

Com relação á metodologia, será empregado o método de compilação, que por sua vez, trabalha com a pesquisa bibliográfica em livros, doutrinas e artigos pertinentes e relevantes à abordagem do tema escolhido, onde buscamos de forma simples e objetiva alcançar a melhor compreensão, tanto ao que se refere a parte jurídica quanto a

parte conceitual. Quanto ao raciocínio, será o dedutivo, partindo-se de enunciados gerais acerca da responsabilidade civil como um todo, para se chegar à responsabilidade civil do Estado.

Com o objetivo de organizar e dar maior coerência ao conteúdo abordado, dividiu-se o trabalho em quatro capítulos, sendo que em primeiro plano foram tecidas considerações acerca do conceito, evolução histórica e, por fim, as espécies de responsabilidade civil.

Partindo do princípio de que a responsabilidade civil implica a idéia de equilíbrio, sujeitando o causador do dano à reparação da lesão, entendeu-se de boa medida, subdividi-la em responsabilidade contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, direta e indireta. Sendo certo que, dessa forma, obtem-se melhor compreensão a respeito do tema.

O segundo capítulo trouxe um breve histórico sobre as teorias da responsabilidade civil, partindo da irresponsabilidade do Estado, até a legislação atual, onde prevalece a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, aquela que independe de culpa, sendo suficiente a existência do nexa causal entre a conduta do agente e o dano percebido pela vítima.

Posteriormente, foram abordados os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo, dano e o nexa causal entre o dano e a ação, sendo este fator fundamental para a atribuição da responsabilidade civil.

Na sequência, foram anotados comentários acerca das causas excludentes da responsabilidade, sendo elas o caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente da vítima e do agente, culpa comum e, finalmente, por culpa de terceiro.

O quarto capítulo tratou de abordar a questão da saúde pública x ação de regresso, pontuando esclarecimentos sobre o funcionamento do sistema único de saúde e as políticas públicas como forma de concretização e efetividade do direito à saúde. Logo em seguida a abordagem voltou-se aos agentes públicos, peças fundamentais no

cenário dessa relação jurídica, considerando que o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinadas vontades.

Para finalizar, foi feita uma ligeira incursão a respeito da ação de regresso do Estado em face de seus agentes causadores do dano.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil tem como objetivo restabelecer o equilíbrio e a ordem social, sujeitando o causador do dano à reparação da lesão.

Nos sistemas civis codificados no século XIX, a culpa ocupava o papel principal, sendo que para a caracterização da Responsabilidade Civil era essencial à comprovação da culpa, chamada Teoria Subjetiva ou Aquiliana.

Após a Revolução Industrial, as relações massificaram-se trazendo consigo a despersonalização, o que, por sua vez, fez proliferar os eventos danosos, os quais foram marcados pelo anonimato, sendo que dificilmente era identificado o culpado, a quem pudesse ser imputado a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Por este motivo a Responsabilidade Civil modifica seu fundamento, baseando aqui o dever de reparar não só na culpa, como também no risco, passando, assim, a ser tida como objetiva.

É importante observar que no regime de direito público, conforme dispõe o art. 37, § 6º da CF/88, a averiguação da responsabilidade assume esse caráter objetivo, ou seja, bastando tão somente a existência do nexo entre o dano e o ato ilícito, vejamos, (*in verbis*):

Art. 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.

Assim, considerando o fato que determinou a construção da teoria da responsabilização objetiva, qual seja, o carecimento de critério individualista da culpa para acolher aos clamores de uma coletividade cada vez mais densa, percebemos claramente a evolução das relações jurídicas, as quais vieram impulsionar a construção de uma nova estrutura, que por sua vez, coíbe abusos praticados na esfera do direito.

1.1 Conceito

Segundo os ensinamentos de Carvalho Filho (2004, p. 443), a noção de responsabilidade implica ideia de resposta, termo em que, por sua vez, deriva do vocábulo latino *respondere*, no sentido de responder, replicar, responsabilizar, garantir, assegurar. Na etimologia gera qualidade de ser responsável, condição de responder, podendo ser empregado no sentido de obrigação, encargo, dever, imposição de alguma coisa.

São grandes as dificuldades encontradas pelas doutrinas para conceituar responsabilidade civil. Existem autores que se baseiam na culpa, outros a vêem sob aspectos mais amplos, não presumindo uma simples questão de culpabilidade, mas sim de repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses. Na concepção moderna a responsabilidade civil comporta dois pólos sendo eles: o objetivo, onde impera o risco criado, e o subjetivo no qual prepondera a culpa.

Segundo Diniz (2004, p. 40) responsabilidade civil é conceituada como:

Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por alguma pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Conforme Cavalieri Filho (2007, p. 02), responsabilidade civil pode ser conceituada como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Conceituando o tema, Carvalho Filho (2004, p. 444), define responsabilidade civil como “aquela que decorre da existência de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado”.

Assim, de maneira objetiva e sucinta, de acordo com os doutrinadores mencionados, define-se responsabilidade civil como o dever de ressarcimento ao dano que se causou a outrem.

Através da responsabilidade civil, busca-se restaurar o equilíbrio desfeito, seja ele moral ou patrimonial, em razão de um direito tutelado.

1.2 Evolução Histórica

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, ou seja, quanto à sua história, seus fundamentos, extensão (número de pessoas responsáveis) e à sua profundidade (exatidão da reparação).

De acordo com a história, nos prelúdios da humanidade, a vingança coletiva é que dominava, sendo essa fundada na reação conjunta do grupo contra a pessoa que cometia o ato ilícito.

Tempos mais tarde, a reparação evoluiu para uma reação individual, sendo que esta se resumia na retribuição do mal com o mal ou olho por olho, dente por dente, conhecida como Lei de Talião. O Poder Público somente interferia para dizer como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, conforme previsto na Lei das XII Tábuas.

Neste período, a vingança era privada e objetiva, pois não dependia de comprovação da culpa. No entender de Diniz (2004, p. 23), “essa forma de restabelecimento do dano, acabava por trazer um resultado diferente, visto que, não havia reparação alguma, mas sim um dano duplo, lesão redobrada, a da vítima e a do autor depois de punido”.

Posteriormente surgiu a Lei Aquiliana, a qual determinava a reparação pecuniária, que consistia no pagamento de certa quantia em dinheiro, introduzindo assim os primeiros alicerces da reparação civil, baseada na culpa.

Por intermédio da doutrina desenvolvida pelo jurista francês Domat, a teoria da responsabilidade civil foi concretizada, influenciando de forma significativa, em quase todas as legislações, a qual se fundamentava na culpa.

Daí em diante, foram surgindo princípios gerais, trazendo assim a evolução da responsabilidade civil que não mais se baseava apenas na culpa, sustentando, também, a responsabilidade objetiva, que independe da comprovação da culpa, bastando a comprovação donexo causal e o dano, a qual passou a ser adotada pelo direito brasileiro como dispõe o artigo 186 e 927 do Código Civil, (*in verbis*):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De acordo com a concepção atual, o agente quando causar dano a outrem é obrigado a reparar. Isso se faz por meio de indenização, fixada em proporção ao dano.

A responsabilidade civil possui dupla função, segundo Diniz (2004, p. 08): “a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”.

1.3 Espécies de Responsabilidade Civil

Dado ao alcance do tema, nosso ordenamento jurídico, distingue as espécies de responsabilidade civil, nos moldes abaixo apontados:

Contratual – deriva do descumprimento, de violação de normas contidas nos negócios jurídicos;
Extracontratual - decorre diretamente da lei;
Subjetiva – que se funda na culpa;
Objetiva - independe de culpa, bastando o nexo entre o dano e o prejuízo causado.
Direta - decorrente de ato do próprio agente.
Indireta

Sendo assim, para melhor entendimento do assunto, faz-se necessário o estudo mais aprofundado de cada uma delas.

1.4 Responsabilidade Contratual

Conceituando o tema Cretella Júnior (2000, p. 601), define Responsabilidade Contratual como aquela que deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. É regida pelos princípios gerais dos contratos, decorrendo da inadimplência de um contrato, celebrado mediante vontade comum dos contratantes.

Encontra-se regulada no art. 389 do CC, *in verbis*: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualizações monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Art. 402 do CC, *in verbis*: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que deixou de ganhar”.

A indenização por perdas e danos se baseia no dever de reparar os danos emergentes, ou seja, o que efetivamente perdeu e os lucros cessantes, o que razoavelmente deixou de ganhar pelo nexo causal entre dano e conduta do lesante. Aqui haverá aplicação da teoria da causalidade adequada onde o juiz deve se valer de um juízo de razoabilidade para estabelecer o montante da indenização. Para tanto, deve eliminar mentalmente o ato ilícito gerador da responsabilidade civil e se indagar sobre o

lucro cessante pleiteado se seria consequência normal do desenrolar dos fatos, caso tivesse ocorrido mesmo sem a prática do ato ilícito, este (o lucro cessante) não deve ser reparado.

1.4.1 Responsabilidade Extracontratual

De acordo com ensinamentos de Cretella Júnior (2000, p. 602), responsabilidade extracontratual é a responsabilidade fora do contrato, em regra é direta.

Para Roberto Gonçalves (2003, p. 25), a responsabilidade extracontratual que também é chamada de Aquiliana, “compreende por seu turno a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, com os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos do autor”.

Conceituando o tema, 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.”

Encontra-se regulada pelo art. 186 do Código Civil, vejamos, *in verbis*: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

1.4.2 Responsabilidade Subjetiva

A Responsabilidade Subjetiva é conceituado por Rui Stoco (2004, p. 134) como:

A culpa em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em

razão de aqodamento, desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.

Segundo o ordenamento jurídico vigente, o dever de reparar o dano surge da prática de ato ilícito, que é a ação ou omissão dolosa (voluntária) ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia). Daí verifica-se claramente que o fundamento da responsabilidade civil em regra geral é a Culpa, sendo que sem esta não há que se falar em responsabilidade.

1.4.3 Responsabilidade Objetiva

Com a massificação das relações e sua despersonalização marcadas pela característica do anonimato, gerou o que passou a se chamar era dos acidentes em que dificilmente se identifica um culpado a quem possa se imputar a responsabilidade. Por isso, doutrina e jurisprudência adotaram um critério diferente para atribuição da obrigação de indenizar, substituindo-se, assim, a noção de culpa pela de causalidade.

Sendo assim, a marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta ilícita, provar a existência da culpa do lesante. Para que seja configurada, bastam três pressupostos, sendo eles: a) a ocorrência do fato, considerando qualquer forma de conduta, comissiva, omissiva, singular, coletiva, b) a comprovação do dano, pois não há que se falar em responsabilidade sem que haja dano, podendo ser patrimonial ou moral, c) e, ainda, o nexo causal que é tido como fator fundamental para a caracterização da responsabilidade pois, através desse, fica comprovada a relação entre o fato e o dano.

De acordo com Diniz (2006, p. 56)

A responsabilidade fundada no risco consiste, portanto na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, ficando-se no elemento objetivo, isto é na relação de causalidade entre dano e a conduta do seu causador.

O art. 927 do Código Civil dispõe que, *in verbis*:

Art.927 Aquele que, por ato ilícito (art 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva para matéria de direito privado é exceção. A regra geral, por sua vez, é a responsabilidade subjetiva entre particulares e objetiva nas relações entre o poder público e o administrado.

Assim, a Teoria do Risco é uma outra denominação da responsabilidade objetiva. Segundo esta teoria, aquele que através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, fica obrigado a repará-lo. Convém ressaltar que, o próprio risco de dano já é algo ensejador de causar prejuízo à vítima, de alguma forma. Ainda que sua atividade e seu comportamento estejam isentos de culpa, sua responsabilidade se configura. Examina-se, assim, uma situação, e se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele.

1.4.4. Responsabilidade Direta

A Responsabilidade Direta é a mais comum e mais simples. Trata-se daquela decorrente de ato do próprio agente, devendo ele ser responsabilizado pela reparação dos prejuízos colhidos pela vítima. Não há maiores dúvidas quanto ao seu alcance e entendimento.

1.4.5. Responsabilidade Indireta

A Responsabilidade indireta é mais complexa, sobretudo devido à nossa matéria, que envolve especificamente o assunto.

Existe em nossa legislação, previsão da responsabilidade indireta ou decorrente de ato de terceiros. É o que ocorre, por exemplo, nas condutas danosas oriundas de incapazes, animais, prepostos. No Código Civil Brasileiro, tais situações estão previstas nos artigos 927 a 943.

A responsabilidade civil, por fato alheio, não é arbitrária. A vítima não pode escolher, a seu arbítrio, uma pessoa que venha a ressarcir seu prejuízo.

O Art. 932, incisos I e II do CC, responsabiliza os pais, tutores e curadores pelos atos praticados pelos seus filhos, pupilos ou curatelados, respectivamente, de modo que serão relativamente escassas as hipóteses em que o dano causado por menor ficará irressarcido, por não haver ninguém que por ele responda.

Portanto, provado que o agente causador do dano é incapaz, a responsabilidade de reparar o prejuízo transfere-se ao seu responsável legal. Acolhe-se, na hipótese, uma exceção, que é a eventual insuficiência por parte dos responsáveis legais em reparar o dano. Nesse caso, o próprio incapaz responde civilmente pelo prejuízo.

No que se refere aos atos praticados por prepostos, o inc. III do mesmo dispositivo supramencionado prevê a sua ocorrência. A própria Constituição Federal dispõe sobre a preposição no âmbito da administração pública esclarecendo que:

Art. 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.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já sumulou que: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. (Súmula 341).

Desse modo, está clara a previsão legal em relação à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, como é o caso do Estado, em sua prestação de serviços na área da saúde.

Destarte, o próximo capítulo será destinado ao estudo das teorias sobre a responsabilidade civil do Estado.

2. TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Da Irresponsabilidade do Estado

Nos regimes primitivos a primeira teoria existente era a teoria da irresponsabilidade do Estado, conhecida também como feudal ou regaliana. Baseada na teoria do direito divino, no qual o soberano não cometia erros, era infalível.

Em toda a antiguidade, o prejudicado é que suportava o peso do dano, já que não havia a possibilidade jurídica para reclamar ou obter indenização.

Assim, de acordo com Cretella Júnior (2000, p. 607) essa teoria vigorou no Estado Absolutista e foi adotada pelos Estados Unidos até 1946 e pela Inglaterra até 1947.

2.2 Da Culpa Civil

Segundo ensinamentos de Carvalho Filho (2004, p. 447) essa teoria foi desenvolvida com a evolução do liberalismo, haja vista que o Estado passou a ter capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações.

Entretanto, procurava distinguiem-se para esse fim, dois tipos de atitudes estatais quais sejam: os atos de império que eximiam o Estado de toda e qualquer responsabilidade, e os atos de gestão, onde o Estado exercia atividades privadas. Só estes é que admitiam a responsabilização estatal.

2.2.1 Da Responsabilidade Objetiva

Essa teoria pode ser subdividida em Culpa Administrativa e Risco Integral, sendo que o Ordenamento Jurídico Brasileiro adota a Teoria da Responsabilidade Objetiva baseada no risco Administrativo, ou seja, aquela que admite as causas excludentes de responsabilidade.

2.2.2 Culpa Administrativa

Para a Teoria da Responsabilidade Objetiva, a obrigação de indenizar o dano independe da demonstração da culpa. Basta, para tanto, que se comprove a existência da conduta do agente e onexo causal entre aquela e o dano colhido pela vítima.

Meirelles (2005, p. 154), afirma que:

para ocorrer a culpa administrativa, mister que haja falta do serviço público para se cogitar a responsabilidade do Estado. Sendo assim conclui-se que se trata de modelo de culpa especial além de transferir uma grande parcela do ônus probante para a vítima, que além de demonstrar ter sofrido lesão injusta, deverá provar a falta do serviço público pertinente. (idem).

Duez distingue três modalidades para que concorra a culpa administrativa, quais sejam: “a inexistência do serviço (quando este é contratado e não é prestado), pelo mau funcionamento ou ainda pelo seu retardamento”.(MOTTA, 2004, *apud* Duez,1983).

Carvalho Filho (2004, p. 447 e 448), completa os ensinamentos afirmando que:

Nessa teoria exclui-se a culpa do funcionário, sendo irrelevante, pois, a distinção entre culpa pessoal e funcional, sendo esta quando decorre de ato realizado no uso das suas atribuições funcionais, e a segunda sem qualquer ligação com a função que exerce o funcionário, mas sim à pessoa comum.

Quanto ao entendimento acerca da responsabilidade objetiva do Estado, existem em nossa legislação pátria, duas correntes divergentes, quais sejam; a do risco integral e a do risco administrativo.

2.2.3 Do Risco Integral

Teoria Objetiva, baseada no Risco Integral, significa dizer que é de responsabilidade do agente causador (o Estado) o ato que resulte dano, independentemente da comprovação de culpa, bastando à vítima provar o liame entre o evento danoso e o resultado para configurar a responsabilidade civil do Estado. Não havendo que se falar em excludente da responsabilidade, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima.

2.2.4 Do Risco Administrativo

No entender de Motta (2004, p. 223) a Teoria do Risco Administrativo, assim como a do Risco Integral, independe da comprovação de culpa do Estado, sendo suficiente a existência do nexo causal entre a conduta do agente e o dano percebido pela vítima. Esta teoria, por sua vez, vem cada vez ganhando mais valor, posto que não permite que a vítima fique aguardando a verificação da culpa do Estado ou do seu preposto para se ver indenizada. O Estado deverá ressarcir o cidadão e, caso queira, ingressará com ação regressiva em face de seu preposto, autor da lesão.

Apesar de se assemelhar com a teoria do Risco Integral, a presente teoria comporta causas que excluem a responsabilidade do Estado, conhecidas como causas excludentes de responsabilidade, como a da culpa exclusiva da vítima ou decorrentes de caso fortuito ou de força maior. Daí a principal diferença entre as duas.

2.2.5 A Responsabilidade do Estado

Trataremos, neste tópico, sobre a responsabilidade civil do Poder Público e a obrigação que lhe é imposta de ressarcir os danos causados por suas atividades a outrem.

As atividades do Estado consistem na prestação dos serviços públicos por seus agentes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Apresentando falhas no desempenho de suas funções, vindo a causar danos a outrem, configurada fica a responsabilidade estatal para ressarcir a vítima pelo prejuízo advindo desses serviços públicos diretamente prestados (ou não prestados). Note-se que não incluímos as pessoas de direito privado, quando prestadoras de serviços públicos (concessionárias, por exemplo), pelo fato de nosso foco estar no plano das pessoas jurídicas de direito público.

No início dentro da concepção do Estado absoluto, como já exposto no capítulo vestibular, não se poderia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, vez que, não se admitia a constituição de direitos contra o Estado Soberano.

Nas palavras de Pereira, (1994, p. 128/129),



O ataque ao conceito da irresponsabilidade estatal veio por caminho travesso, admitindo-se que o Estado ora procede na qualidade de pessoa pública, no exercício do poder soberano, e pratica atos em virtude de seu imperium, ora age como pessoa civil, assemelhando-se ao indivíduo na gestão do seu patrimônio. No primeiro caso prevaleceria a imunidade, no segundo, sujeitar-se-ia a reparar o dano causado da mesma forma que qualquer particular. Noutros termos, o Estado soberano colocava-se fora do direito civil, somente o Estado-empresa a ele estaria sujeito.(...) Foi preciso tempo superior a um século para adaptar ao direito publico as soluções do direito privado. (idem).

Superada essa fase, surgiram outras teorias concernentes à responsabilidade civil. Como já tratado em pontos anteriores, as teorias que abordavam a responsabilidade civil são: as da Responsabilidade Objetiva/Subjetiva, Contratual/Extracontratual, Direta/Indireta e a Teoria do Risco.

Em relação à responsabilidade civil do Estado, nosso ordenamento jurídico consagra a teoria do risco administrativo. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, estabelece o princípio da responsabilidade do Poder Público pelos danos que seus agentes causem a outrem. A pessoa jurídica de direito público responde sempre pelo dano, uma vez que estabelecido o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido. Não há que se cogitar, se houve ou não culpa, para se configurar o dever de reparar. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação *in rem verso* (ação regressiva), da Administração contra o agente. Quer dizer, o Estado responde perante a vítima independentemente, de culpa do servidor. Este, entretanto, pode responder perante o Poder Público, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente. Não importa, pois, se o funcionário é ou não graduado, o Poder Público responde sempre pelo ato de seu servidor.

De modo geral, podemos resumir a responsabilidade civil objetiva do Poder Público da seguinte maneira:

a) as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos administrados, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa;

b) a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Poder Público, por suas pessoas jurídicas de direito público, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar esses danos indenizando-os, independentemente de ter agido com culpa ou dolo;

c) os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Poder Público são: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal, entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal;

d) no direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Poder Público pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda se comprovado a culpa exclusiva da vítima. Mas bem ensina Di Pietro, (2010, p. 652):

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

e) havendo culpa exclusiva da vítima, como vimos, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado devera ser mitigada, repartindo-se o *quantum*¹ da indenização;

f) a responsabilidade civil do Poder Público não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por se tratar de instancias independentes. Assim, a absolvição do servidor no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Poder Público, se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima. Ademais, o Estado não pode ser responsabilizado, criminalmente, por ilícito penal de seu preposto, vez que é exceção de nosso ordenamento jurídico admitir a responsabilidade criminal objetiva;

g) a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público (danos emergentes e lucros cessantes), bem como pelos honorários advocatícios, incidindo correção monetária e juros de mora, se houver atraso

¹ Quantidade, percentual. CALDAS, 1985, p. 256.

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A caracterização dos pressupostos é bastante difícil, face a grande imprecisão doutrinária a respeito. Diferentes são as conclusões dos juristas sobre os elementos que caracterizam a responsabilidade civil. Marty e Raynaud apontam o *fato danoso*, o *prejuízo* e o *liame entre eles*, como a estrutura comum da responsabilidade. Savatier apresenta a *culpa* e a *imputabilidade* como seus pressupostos. Trabucchi exige o *fato danoso*, o *dano* e a *antijuridicidade ou culpabilidade*. (DINIZ, 2006, *apud* Marty e Raynaud, 1989)

Assim, para que haja o direito a indenização fundada na responsabilidade civil é indispensável a presença dos seguintes pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, o dano e o nexo causal.

3.1 Ação ou Omissão

A ação é um elemento constitutivo da responsabilidade civil, conceituada por Diniz (2004, p. 44) como “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.”

No entender de Dias (2004, p. 152), a omissão é “negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade”.

Já Cretella Júnior (2000. p. 210), define omissão como sendo “casos de inércia ou casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente, devendo agir não agiu, foi negligente”.

Sendo assim, é necessário esclarecer que o fato de ter havido o dano, não quer dizer que o ato foi ilícito. E o fato de o ato ser ilícito não corresponde afirmar que não há obrigação de repará-lo. É o caso, por exemplo, das desapropriações realizadas pelo

poder público: resulta em dano e se trata de ato lícito ou seja legal, porém, a obrigação de repará-lo é notória. Em outras palavras, o dano poderá ser causado por atos lícitos ou ilícitos. Nos ilícitos sempre há responsabilidade civil de repará-lo. Já nos lícitos, a reparação do dano só será exigida se contratual ou legalmente prevista.

A mesma regra acima exposta, deve ser aplicada nos casos de omissão, seja ela dolosa ou culposa. Às vezes, a omissão gera efeitos bem maiores que a ação e, por isso, deve ser vista como uma conduta do agente causador do dano. As omissões dolosas, para tanto, são equiparadas aos atos comissivos, tratando-se de condutas intencionais que visam ao prejuízo de outrem, devendo, por tanto, ser punidas.

Por fim, é de se lembrar ainda, que a responsabilidade do agente pode advir de ato próprio ou de terceiro, neste último caso vislumbrando a hipótese de ser praticado por preposto ou pessoa incapaz, sob a proteção civil de outrem. Há casos também, em que a responsabilidade se configura quando o agente causador do dano é um animal, situação que transfere a responsabilidade ao seu proprietário.

3.2 Culpa ou Dolo

Nos ensinamentos de Diniz (2004, p. 46.), dolo é “a vontade consciente de violar o direito, dirigida a consecução do fim ilícito” e culpa “ violação de um dever jurídico, imputável a alguém, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência”.

Nosso Código Civil, em seu artigo 186, dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

E sendo assim, de acordo com o art. 927 do CC, aquele que cometeu um ato ilícito deve repará-lo.

Quanto à comprovação da culpa, tanto sua verificação como a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nos artigos 927 a 954 do nosso atual Código Civil.

3.3 Dano Percebido Pela Vítima

O Dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Sendo assim, de acordo com ensinamentos de Carvalho Filho (2004, p. 454), temos pois dois elementos indissociáveis para a caracterização da responsabilidade, quais sejam: a vítima e o prejuízo por ela sofrido.

Deste modo, para que haja a responsabilização do dano objetivo, é necessário que a vítima demonstre sua existência real, ou seja, com a prática do ato lesivo deve haver uma perda material, tratando-se de elemento valorativo, uma vez que é através da avaliação, que se pleiteia seu ressarcimento.

No que tange ao dano subjetivo (moral), não há que se falar em comprovação do prejuízo pois, a situação por si só já presume o dano. Como exemplo, temos, a inserção indevida de nomes no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito, já caracteriza o dano moral sem que seja necessária à demonstração do prejuízo.

Há uma corrente que entende que o dano moral deva ser comprovado, sob pena de não ser ressarcido. Porém, este não tem sido o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência, que por sua vez, firmam seus posicionamentos no sentido de não exigir a comprovação do dano moral, eis que presumido. O que deve ser provado é que o ato tem a capacidade de provocar dano moral.

3.4 Nexo Causal

Conforme leciona Carvalho Filho (2004, p. 455) o nexos causal entre o dano e a ação é fator de fundamental importância para a atribuição da responsabilidade civil, pois essa não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

Assim, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, ou seja, este poderá não ser causa imediata, mas, se for condição para a

produção do dano, o agente responderá pela conseqüência. Como exemplo, temos, uma pessoa que é atropelada e vem a falecer em conseqüência de anestesia durante o procedimento, o agente responderá pela morte, como autor da lesão que possibilitava esse evento lesivo.

Todavia, se o evento se deu em virtude de culpa exclusiva da vítima, não restará configurada nesse caso, a responsabilidade do agente, como veremos adiante.

Em suma, a responsabilidade nada mais é que um dever que emerge de um ato ilícito ou lícito praticado culposa ou dolosamente, e em desacordo com a norma jurídica destinada a proteger interesses alheios, violando direito subjetivo individual e causando prejuízo a seu titular. Configura-se, então, o dever de reparar tal lesão: a responsabilidade civil.

Como se pode ver, a causalidade pode ser normativa, quando deriva de lei ou contrato que prevê o dano, ou, ainda naturalística, quando é de natureza extracontratual ou seja, sem vínculo à norma, tratando-se de dano imprevisto formalmente, mas indenizável da mesma forma.

Assim, percebemos claramente que, sendo o nexo de causalidade um dos pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser provado. Cabendo ao autor da demanda o *onus probandi*.²

3.5 Causas Excludentes da Responsabilidade

Dispares são as conclusões dos juristas sobre as causas excludentes da responsabilidade. Alguns mencionam a força maior, o caso fortuito e o estado de necessidade. Outros acrescentam a culpa da vítima, e culpa de terceiro que afastam o nexo causal.

² Obrigação de provar. CALDAS, 1985, p. 456.

3.5.1 Caso Fortuito e Força Maior

De acordo com os ensinamentos de Cretella Júnior (2000, p. 631/632), temos:

Força Maior é o acontecimento exterior, independente da vontade humana, fato imprevisível e estranho a vontade do homem, acidente cuja causa é conhecida, mas que se apresenta com nítido caráter de irresistibilidade. Já no caso fortuito, é quando o acidente causador do prejuízo resulta de causa desconhecida.

No entendimento de Motta (2004, p. 320), força maior é um acontecimento extraordinário ou irreversível decorrente de fato danoso da natureza, e caso fortuito é um fato de causa desconhecida e alheia à vontade do agente.

Observamos que, tanto no caso fortuito, como o de força maior, verifica-se o acidente que produz o dano. Porém, no primeiro a causa é desconhecida, no segundo, conhece-se a causa.

O caso fortuito e de força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos, e na lição de Diniz (2004, p. 113), pode ser definido como “o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento e o subjetivo que é a ausência de culpa na produção do acontecimento”.

3.5.2 Culpa Exclusiva da Vítima

No entender de Motta (2004, p. 317/318) se a vítima concorreu para a concretização do evento, o Estado ou o causador do dano não têm obrigação de indenizar, de consequência, a vítima deverá arcar com todos os prejuízos pois não faz

sentido que alguém que deu causa ao dano vá a juízo reclamar indenização, alegando a própria torpeza.

3.5.3 Por Culpa Concorrente da Vítima e do Agente

De acordo com ensinamentos de Motta (2004, p. 318) se o lesado e o lesante concorreram com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, mas por atos independentes, cada um irá responder pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso.

Sendo assim, o liame de causalidade não desaparece, haverá somente uma diminuição da culpa, ou seja, a indenização é em regra dividida por metade, ou ainda diminuída proporcionalmente. Haverá uma bipartição dos prejuízos.

3.5.4 Por Culpa Comum

Se a vítima e o ofensor causaram culposa e, conjuntamente, o mesmo dano, terá a compensação de reparações. Caso as partes estejam em posição de igualdade, as responsabilidades se neutralizam e se compensam, porém, se estiverem em posições desiguais cada um terá sua condenação proporcional a medida de sua culpa.

Preceitua o artigo 945 do Código Civil, que o *quantum* indenizatório, será apurado de acordo com o grau de culpa da vítima. Vejamos, *in verbis*: “ Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

3.5.5 Por Culpa de Terceiro

A força excludente da responsabilidade por fato de terceiro, ou seja, de qualquer pessoa além da vítima ou do agente dependerá da prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro, caso em que ficará isento o autor de qualquer responsabilidade.

Segundo o disposto no art. 930 caput e § único, c/c art. 188, inc. I e II do Código Civil, caso o perigo tenha sido causado por culpa de terceiro e o autor já tenha ressarcido a vítima, ele poderá ingressar com ação regressiva contra o terceiro causador do dano, *in verbis*:

Art. 118 - Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover de remover perigo iminente.

Art. 930 – No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Assim sendo, se a ação de terceiro é que causou o dano, ele será o único responsável.

Uma vez analisadas as espécies, as teorias e os pressupostos da responsabilidade civil, resta cuidar das questões relativas à saúde sob a ótica constitucional x ação de regresso.

4. A SAÚDE PÚBLICA CONFORME A ORDEM CONSTITUCIONAL X AÇÃO DE REGRESSO.

A saúde é conceituada segundo Sebastião como sendo: “o bem estar físico e psíquico, relevante para a pessoa individualmente considerada e para a sociedade”. (SILVA, 2009, p.3 *Apud* Sebastião, 2006)

4.1 Evolução do Direito à Saúde nas Constituições Brasileiras

A Constituição de 1891, não dispôs expressamente sobre a saúde, apenas mencionou-a restritivamente preceituando que (art. 175) “a aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da nação”.

No Brasil, a saúde surge como questão social durante o período cafeeiro, como conseqüência da necessidade de utilização do trabalho assalariado. A Constituição de 1934 desencadeou a criação de leis de proteção ao trabalhador, de enquadramento dos sindicatos pelo Estado e criação de órgãos para arbitrar conflitos entre patrões e operários.

Nesse contexto, privilegiava a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante. Assim, a saúde a partir da Constituição de 1934, passa à condição de direito subjetivo do trabalhador no âmbito do Seguro Social fomentado pelos institutos de Aposentadorias e Pensões.

A Constituição de 1937 em seu art. 16, abrangia os riscos, assistência médica ao trabalhador e à gestante, à velhice, à invalidez e aos acidentes de trabalho.

Na Constituição de 1946, a assistência à saúde ainda permanece jungida exclusivamente ao trabalhador, no entanto, a partir daí foram evidenciadas várias ações com o objetivo de ampliar a proteção à saúde, uma delas foi a criação do Ministério da Saúde em 1950.

Em 1954, foi criada a Lei nº 2.312, que dispunha sobre as normas gerais de defesa e proteção à saúde, e, àquela época, já afirmava o dever do Estado, bem como o da família, de defender e proteger a saúde do indivíduo (revogada pela Lei nº 8.080, de 19.09.1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação as saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes).

Posteriormente, esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 49.947, de 21.01.1961 (Código Nacional de Saúde). O art. 1º do referido decreto dispunha a obrigatoriedade de observância das referidas normas gerais “é dever de qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, entidades autárquicas paraestatais e privadas”.

Preceituava, ainda, em seu art. 2º, sobre a responsabilidade do Estado na adoção de medidas preventivas de caráter geral, defesa e proteção da saúde da coletividade.

Atualmente, o Código Nacional de Saúde, Decreto nº 49.974 de 21.01.1961, bem como a Lei nº 2.312, de 03.09.1954, foram revogados pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde).

Desde o início do século passado até o final dos anos sessenta, o sistema de saúde brasileiro se preocupava, fundamentalmente, com o combate em massa de doenças e, para viabilizar esse objetivo utilizava-se de campanhas de saúde pública.

A Constituição Federal de 1967, tratou da questão da assistência à saúde da seguinte forma:

Art. 8º Compete à União:

[...]

XVII – Legislar sobre:

[...]

c) normas gerais... seguro e previdência social, de defesa e proteção da saúde;

[...]

Título III

Da Ordem Econômica e Social

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que nos termos da lei, visem à melhoria da sua condição social:

[...]

XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

[...]

XVI – previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez, morte, seguro desemprego, seguro contra acidentes de trabalho e proteção da maternidade mediante contribuição da União, do empregador e do empregado;

§ 1º - nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

A partir dos anos setenta, passou a ser priorizada a assistência médica curativa e individual. Na segunda metade dos anos setenta surgiu a idéia de expansão de cobertura assistencial. Até 1974, a política de saúde no país era caracterizada pela supremacia dos serviços médicos hospitalares de caráter individual, supervisionada pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em detrimento das ações de caráter coletivo, que ficavam a cargo do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais de Saúde.

Em 1975, por meio da Lei nº 6.229, foi criado o Sistema Nacional de Saúde. Posteriormente em 1977, foi a vez do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que tinha como principal objetivo atender às pessoas que possuíam carteira de trabalho.

Em 1979, foi implantado o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS) e, somente a partir daí, começou a ocorrer efetivamente a mudança do modelo de atenção à saúde no Brasil, consolidando-se, em 1980, o processo de expansão de cobertura.

Em 1983, foram implantadas as Associações Integradas de Saúde (AIS), o primeiro desenho estratégico de congestão, de desconcentração e de universalização da atenção à saúde.

Em 1986, foi realizada a 8ª Conferência Nacional de Saúde e, no ano seguinte o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), foi criado, representando assim, a desconcentração das atividades do INAMPS, para as Secretarias Estaduais de Saúde.

Até a Constituição de 1988, nenhuma outra havia se referido expressamente à saúde como parte integrante do interesse público e, como princípio, garantia em benefício do indivíduo. A saúde era assegurada ao indivíduo, exclusivamente, na condição de trabalhador.

A Constituição de 1988, diferenciando-se dos textos anteriores, estabeleceu sobre os direitos sociais nos artigos 6º a 11, vejamos *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No Título VIII artigos 193 a 232, trata-se da Ordem Social, a qual, subdividiu a seguridade social em normas sobre a previdência social e normas referentes à assistência social e a saúde.

Essas normas estão subordinadas ao postulado dos direitos sociais elencados no art. 6º da CF/88, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inc. III, vejamos, *in verbis*:

Art.1º 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:

I – [...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Assim, a Constituição em seu art. 194, conceitua a seguridade social, abrangendo as ações para assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, vejamos, *in verbis*:

Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O texto Constitucional, em seu art.195, estabelece a forma de financiamento da seguridade social, envolvendo recursos dos três entes federativos, efetivando a cooperação financeira para a garantia do direito à saúde, vejamos, *in verbis*:

Art. 195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições:

I - ...

a)...

b)...

O art. 196 da Constituição, ao dispor que a saúde é dever do Estado, prevê, também, sua execução como serviço público, sendo que as ações para sua implementação estão dispostas no art. 197, como de relevância pública, ou seja, de extrema importância, pois trata de serviços de interesse público. Observamos também que a execução do serviço de saúde poderá se dar de forma direta, indireta ou, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado, vejamos, *in verbis*:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco

de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197 São de relevância pública as ações e serviços de saúde cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 198, determina as diretrizes e preceitos ao exercício do direito público à saúde, fixando as atribuições constitucionais do Sistema único de Saúde (SUS), vejamos, *in verbis*:

Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º o sistema único de saúde será financiado nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes.

Não bastasse isto, para definir a responsabilidade da União, Estados e Municípios na estruturação das ações e serviços de saúde, o art. 30, inc. VII da CF/88, confere ao Município a competência para “prestar cooperação técnica e financeira da União, e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

O art. 199, *caput*, dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo autorizadas a exercer esse direito as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados à assistência à saúde.

Nessa hipótese, deverá ser autorizada pelo Poder Público, mediante cumprimento dos requisitos obrigatórios, previstos em normas específicas para a atividade de comercialização de seguros e serviços dessa natureza, que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, ficando sua execução subordinada à regulamentação e à fiscalização, dentro do Poder de Polícia do Estado.

O artigo 199, §1º da CF/88, bem como os arts. 24 a 26 da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde), ao abrir a possibilidade de participação de entidades da iniciativa privada, de forma complementar ao SUS dispõe que esta complementaridade deverá ser formalizada mediante contrato de direito público ou convênio, observadas a respeito as normas de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Di Pietro entende que o Estado, nessa hipótese, está transferindo à iniciativa privada a execução material de determinadas atividades meio, devendo ser considerada essa execução como complementar às ações de saúde prestadas pelo Estado. (MARTIS, 2008, *Apud* Di Pietro, 2010, p. 243.)

Ou seja, o que se atribui é apenas a execução material do serviço (terceirização), ficando mantida a obrigatoriedade de observância do princípio da continuidade de serviço público.

Nesse contexto, verificamos que, nessa hipótese, fica mantido o caráter público do serviço de saúde, pois estará sua execução subordinada a um regime jurídico de direito público, ainda que parcialmente.

Os serviços de saúde são serviços públicos quando prestados pelo Estado e serviços públicos impróprios, quando prestados por meio de complementaridade ao SUS. Poderão ainda, serem prestados pelas entidades privadas sem fins lucrativos, como é o caso das entidades filantrópicas, organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, os quais também deverão ser considerados serviços de relevância pública ou de interesse público, pois o Estado está possibilitando às entidades privadas prestarem o serviço de saúde em regime de cooperação, fomentando, ajudando e subsidiando ditas entidades.

Assim, independentemente da classificação dada ao serviço de saúde e de quem venha prestá-lo, em caso de necessidade, caberá ao indivíduo pleiteá-lo em face do Estado, buscando a supressão de dita necessidade, pois se trata de direito umbilicalmente ligado ao direito à vida, direito esse constituído como Direito Fundamental pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º.

4.2 Do Regime Constitucional de Competências

É Competência Comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, conforme o art. 23, inc. II da CF/88, vejamos, *in verbis*:

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.

Incumbe ao Poder Público o fornecimento gratuito àqueles que necessitarem de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, à habilitação ou à reabilitação.

A Constituição Federal/88, nos arts. 196 a 198, e a Lei nº 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de direito público interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os, em solidariedade, pelos serviços de saúde, o chamado Sistema Único de Saúde (SUS)

O Ministro Celso de Mello, ainda no AgRg no RE nº 271.286-8-RS, manifestou sobre esta distribuição da seguinte forma:

[...] O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Pelo exposto, vale dizer: não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à

medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou ao abrandamento de suas enfermidades, alegando ser a responsabilidade de outro ente federado, ou, ainda, que este atendimento está vinculado à previsão orçamentária, pois o SUS é composto pela União, Estados e Municípios.

É de se reconhecer, em função de solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles no pólo passivo, em caso de demanda judicial pleiteando dita assistência. Assim, o desatendimento ou atendimento de modo a não garantir a continuidade, viola conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, que asseguram ao paciente direito líquido e certo.

Sobre a elaboração de normas que visem à proteção e defesa da saúde, a competência é concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de acordo com o art. 24, inc. XII, da CF/88.

Na hipótese de inexistir lei federal sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, porém, a eficácia da lei estadual será suspensa se for contrária à lei federal posteriormente editada (art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º)

4.3. Políticas Públicas na Área da Saúde

Os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, enquanto um direito social prestacional, possui exeqüibilidade imediata e caráter líquido e certo, pois estão previstos na Constituição Federal de 1988, Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Apesar disso, várias são as dificuldades advindas da correlação entre sua eficácia e aplicabilidade que muitas vezes acabam por inviabilizar a concretização da efetividade desse direito, sendo a implementação de políticas públicas um dos instrumentos essenciais para esta concretização, pois visa à realização da ordem social.

4.4. Políticas Públicas

Conceituar o que seja políticas públicas não é tarefa fácil. Inicialmente trazemos a contexto o conceito formulado por Aristóteles (2001):

Está claro que existe uma ciência à qual cabe indagar qual deve ser a melhor constituição: qual a mais apta a satisfazer nossos ideais sempre que não haja impedimentos externos; e qual a que se adapta às diversas condições em que possa ser posta em prática. Como é quase impossível que muitas pessoas possam realizar a melhor forma de governo, o bom legislador e o bom político devem saber qual a melhor forma de governo em sentido absoluto e qual é a melhor forma de governo em várias condições. (MARTIS, 2009, p. 110 *Apud*. Aristóteles, 2001).

Assim, segundo o entendimento de Aristóteles, a política possui duas funções: a primeira é descrever a forma do Estado ideal, a segunda é determinar a forma do melhor Estado possível em relação a determinadas circunstâncias.

Segundo Martins (2008, p. 111), política pública significa a atuação do Estado, tendo como pressuposto a separação entre Estado e sociedade e compreende o planejamento, os planos e programas de ação e projetos, ultrapassando a mera prestação do serviço público.

Bucci (2002, p. 252) define políticas públicas como sendo:

Instrumentos de ação dos governos, entende que as políticas públicas são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao governo pelo homem, anterior ao constitucionalismo, ficando a todo momento clara a ocorrência de aproximação entre o direito seus mecanismos de controle e as políticas públicas.

Segundo Garcia, políticas públicas são diretrizes, princípios, metas coletivas e conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público. (MARTINS, 2008, p. 111, *Apud* Garcia, 1996, p. 67-67)

A Constituição Federal de 1988, de forma expressa, estabelece políticas públicas a serem observadas, a fim de que sejam concretamente efetivados os direitos contidos no Título II, referente ao Direitos e Garantias Fundamentais.

Na implementação de políticas públicas, a discricionariedade consistirá no processo político de escolha de prioridades para o governo as quais devem estar racionalmente coordenadas com a política maior e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a realização das finalidades da política principal, ou seja, os objetivos maiores preceituados na Constituição Federal da República.

4.5. Importância dos Conselhos de Políticas Públicas

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o Estado passou a ser definido como Estado dos Direitos Fundamentais, porque visava implantar um constitucionalismo concretizador desses direitos, abstratamente previstos na norma.

No Brasil, os Conselhos de Políticas Públicas são resultantes do esforço de mobilização social e dos debates públicos que precederam a formulação da Constituição de 1988, que, por sua vez, adotou o princípio da participação popular na elaboração e formulação das políticas públicas da saúde, assistência social, educação, direitos da criança e do adolescente a fim de possibilitar que a sociedade possa compartilhar com o Estado a definição de prioridade e a elaboração de políticas públicas como forma de exercício da cidadania.

A criação de Conselho de Políticas Públicas se dá por meio de lei com instituição de suas competências, tais como: planejamento, gestão, fiscalização e avaliação no tocante ao princípio da eficiência.

Na área da saúde, a existência do Conselho citado é condição legal para o repasse de verbas públicas, cabendo-lhe atuar na fiscalização dos gastos das receitas transferidas aos municípios pela União ou pelos Estados.

Segundo Martins (2008, p.115), os conselhos podem ser classificados em três tipos principais:

Conselhos de Programa, geralmente são formulados por representantes da sociedade civil e estão vinculados a operacionalização de ações governamentais específicas, tais como a distribuição de alimentos e programas de aleitamento;

Conselhos Temáticos, cujos formatos são muito variáveis, tendem a seguir características dos conselhos de políticas, ou seja, a participação de representações da sociedade civil e assunção de responsabilidades públicas, cobrindo temas específicos tanto na esfera estadual como municipal;

Conselhos setoriais, estão voltados para a formulação, implementação e monitoramento da políticas públicas universais presentes nas três esferas da federação.

4.6. Do Sistema Único de Saúde

As duas últimas décadas foram marcadas por intensas transformações no sistema de saúde brasileiro, intimamente relacionadas com as mudanças ocorridas no âmbito político institucional.

Várias foram as propostas de implantação de uma rede de serviços voltada para a atenção primária à saúde. Com hierarquização, descentralização e universalização, iniciou-se o processo em 1976 com o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS).

Simultaneamente ao processo de redemocratização do final dos anos 70, início dos anos 80, o país passou por grave crise na área econômico financeira. No início dos anos 80, procurou-se consolidar o processo de expansão da cobertura assistencial iniciado na metade dos anos 70, em atendimento às proposições formuladas pela

Organização Mundial da Saúde (OMS) na Conferência de Alma – Alta (1978), que preconizava “Saúde para Todos no Ano de 2000”.

Nessa mesma época, começou o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, constituído inicialmente por uma parcela de intelectualidade universitária e dos profissionais da área de saúde. Posteriormente, incorporaram-se ao movimento outros segmentos da sociedade, como centrais sindicais, movimentos populares de saúde e alguns parlamentares.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal de 1988 (art. 198) e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde) e nº 8.142/90 (do Sistema Único de Saúde), com finalidade de alterar a situação de desigualdades na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer indivíduo, sendo proibida cobrança de quaisquer valores pelos serviços prestados.

Estabelece a Lei nº 8.080/90 que o SUS foi criado com função de mecanismo de promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidade independentemente do poder aquisitivo do indivíduo. Tem por objetivo promover a saúde, priorizando as ações preventivas e democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e riscos à saúde.

De acordo com a Lei nº 8.142/90, fazem parte do SUS os centros e postos de saúde, hospitais, incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros, além das fundações e institutos de pesquisa.

Assim, por meio do SUS, todos os indivíduos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS, sejam públicas das esferas municipal, estadual e federal ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde.

O setor privado participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado – quando as unidades públicas de

assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda população de uma determinada região.

4.7. Pessoas Públicas Responsáveis

A regra constitucional faz referência a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias, as fundações públicas de natureza autárquica e as pessoas jurídicas de direito privado aquelas que, embora tenham personalidade jurídica de direito privado, exercem funções que caberiam, em princípio ao Estado.

Pode-se considerar como pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, as pessoas privadas da Administração Indireta como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado, quando se dedicam à prestação de serviços públicos, os concessionários e os permissionários de serviços públicos, conforme previsto no art. 175 da CF/88.

A expressão agentes públicos tem sentido amplo, como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, sendo que, por conta disso, essa manifestação acaba por ser imputada ao próprio Estado.

No entendimento de Carvalho Filho (2004, p. 483), a expressão agentes públicos significa o “conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como preposto do Estado”.

Segundo Motta (2004, p. 100), agentes públicos são: “pessoas física incumbidas definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Di Pietro (2010, p. 511) conceitua como sendo “toda pessoa física que presta serviço ao Estado a às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

O Estado só pode ser responsabilizado se o preposto estatal, estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. De consequência, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil.

Perante a CF/88, com as alterações introduzidas pela EC nº 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o poder público.

Sendo assim, para melhor entendimento, analisaremos cada um deles.

4.7.1. Agentes Políticos

De acordo com ensinamentos de Motta (2004, p. 484), agentes políticos são:

aqueles aos quais incumbe a execução de diretrizes traçadas pelo próprio Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas. Por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Para Meirelles (2005, p. 75), agentes políticos são: “componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”.

Sendo assim, essas funções ficam a cargo dos órgãos governamentais ou do governo propriamente dito, e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo.

4.7.2 Servidores Públicos

Como visto anteriormente, os servidores públicos, em sentido amplo, são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

No entender de Di Pietro (2010, p. 513), os servidores públicos compreendem:

- servidores estatutários, aqueles sujeitos ao regime estatutário, ocupantes de cargos públicos;
- empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de empregos públicos;
- servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Sendo assim, os servidores estatutários, submetem-se ao regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das entidades da federação. Já os empregados públicos são contratados sob o regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as atribuições da CF/88, sendo que os Estados e Municípios não podem derrogar outras normas de legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre direito trabalhista. Vejamos art. 22, inc. II da CF/88, *in verbis*: “compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

Assim, embora regidos pela CLT, para que sejam investidos nos cargos devem ser submetidos às normas constitucionais. Com relação aos servidores temporários, serão contratados unicamente em caráter temporário, tendo um regime jurídico especial, sendo que, será disciplinado em lei de cada uma das entidades da federação.

4.7.3. Militares

Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às forças armadas, marinha, exército, aeronáutica (art. 27, *caput* e § 3º da CF/88), as polícias militares e corpo de bombeiros militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42, *caput* e § 1º da CF/88), estarão sujeitos a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

4.7.4. Particulares em Colaboração com o Poder Público

Como o próprio nome informa, tais agentes embora sejam particulares, exercitam certas funções que podem ser qualificadas como públicas, sempre que tiver resultado do vínculo jurídico, que os prende ao Estado.

De maneira sucinta, Di Pietro (2010, p. 518), os conceitua como pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, podendo fazê-los sob títulos que compreendem:

- Delegação do Poder Público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da CF/88), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas, pelos terceiros usuários do serviço;
- Mediante requisição, nomeação ou designação, para o exercício de funções públicas relevantes, é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho, também não tem vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;
- Gestores de Negócios, que espontaneamente assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia incêndio, enchente.

4.8. Ação de Regresso

O direito de regresso é assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quando este tenha agido com culpa ou dolo, vejamos, art. 37, § 6º da CF/88, *in verbis*:

Art. 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.

Segundo entendimento de Motta (2004, p. 310), direito de regresso é conceituado como:

Poder dever indisponível que tem a Administração Pública, para através de uma ação de indenização, buscar ressarcimento dos agentes públicos ou terceiros responsáveis pelos danos por dolo ou culpa, dos valores que foi obrigada a pagar aos lesados, em face da responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, a legitimidade da Administração nasce somente após o pagamento da indenização pelo Estado ao lesado. Sendo importante ressaltar que a ação de indenização, em face do direito regressivo, tem caráter subjetivo, cabendo ao Estado o ônus probatório do dolo e/ou culpa do agente público ou terceiro (art. 333, inc. I do CPC).

Por força do artigo 37, § 5º da CF/88, é imprescritível a ação de regresso contra o responsável, quando a indenização for paga pelo erário público, vejamos, *in verbis*: Art. 37, §5º a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causarem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Vale frisar, que cabe também às empresas privadas prestadoras de atividades públicas o direito de regresso contra seus funcionários causadores de danos, conforme o artigo retro citado.

O prazo prescricional, para o ressarcimento contra o responsável pelos danos, conta-se a partir do efetivo pagamento da indenização pela pessoa jurídica ao lesado, conforme dispõe o art. 206, §3º, inc. V do CC/02, vejamos, *in verbis*: Art. 206 prescreve: § 3º em três anos: V- a pretensão de reparação civil.

Por fim, em ambos os casos, o direito de regresso só poderá (deverá) ser exercido se decorrente de atividades ilícitas dos agentes, excluindo a responsabilidade destes, portanto, para o caso de atos ilícitos causadores de dano. Nesta última hipótese, a responsabilidade com o pagamento da indenização é exclusiva é unicamente da Administração, proibido o exercício de direito de regresso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação do homem com a saúde sempre foi uma constante como maneira de preservar a própria sobrevivência, sendo inúmeros os progressos realizados à medida que a ciência avança e faz novas descobertas, diversificando as possibilidades de tratamento.

Essa evolução das formas de tratamento de doenças, de preservação da saúde, veio acompanhada da multiplicação dos seus custos, o que na maioria das vezes, torna impossível o acesso da população em geral a essas evoluções tecnológicas.

O direito à saúde é assegurado na Constituição Federal em seu art. 196, entretanto, o próprio Estado, que, constitucionalmente, assume o papel de responsável pela preservação desse acesso ao serviço de saúde, com o passar do tempo, revelou-se incompetente ou impotente para fazê-lo.

Diante desse contexto, houve a necessidade de se estabelecerem os parâmetros da atuação do Poder Público em relação ao serviço de saúde e à possibilidade de sua responsabilização, prevista no art. 37, § 6º da CF/88.

No Brasil, o direito à existência digna é refletida, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194 da CF/88), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde realizadas, mediante políticas públicas e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doenças e outros agravos, garantindo o acesso universal e igualitário (art. 196 da CF/88).

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

Dessa forma, qualquer omissão do Estado no papel garantidor desse direito, abrirá ensejo para a propositura de medidas judiciais, contanto que, se comprove o nexo causal. É importante salientar que a possibilidade de responsabilização do Estado exsurge manifesta não somente naquelas situações em que ele não garantir o direito à saúde, mas também quando o assegurar de forma ineficiente.

Resulta daí, observamos claramente, que não basta que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, torna-se necessário que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente nos casos em que o direito assegurado seja qualificado como direitos fundamentais, ou seja, umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, como é o caso em tela.

Consoante ficou evidenciado no presente trabalho, a Responsabilidade do Estado sofreu várias modificações durante a evolução histórica do Estado Moderno, passando-se da completa irresponsabilidade estatal à responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo, que é o estágio em que se encontra atualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALDAS, Gilberto. **O Latim no Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 7ª Ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume, 20ª Ed. Revisada e atualizada de acordo com o novo código civil (Lei nº 1046, de 10/01/2002 e o Projeto de Lei nº 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005 **Curso Prático de Direito Administrativo**.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEI nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Do Sistema Único de Saúde**.